

Administración de Andalucía

Revista Andaluza de Administración Pública

■ 111/2021
Septiembre-Diciembre

ESTUDIOS

Manuel J. Sarmiento Acosta
Los atentados al Estado de Derecho. Una reflexión desde el Derecho Público

María Soledad Soriano Amores
La forma de gestión de los servicios públicos locales más eficiente

Jesús Enrique Martín Martín
El principio de recuperación de costes en la Ley de Aguas de Andalucía: estado de la cuestión

Mónica Alcudía Morales
La prestación de garantías para el pago de indemnizaciones en la demolición de inmuebles por orden judicial:
el artículo 108.3 de la LJCA

JURISPRUDENCIA

Comentarios de Jurisprudencia

Deber de confidencialidad o secreto como límite al derecho de acceso a la información pública
(*Beatriz Idígoras Molina*)

La necesaria ordenación e intervención urbanística municipal sobre el uso turístico de viviendas:
líneas rojas a la parahotelaría
(*Miguel Ángel Rodríguez Martínez*)

Notas de Jurisprudencia

CRÓNICA PARLAMENTARIA

El proyecto de ley de presupuestos fracasa en el Parlamento Andaluz
(*Victor Vázquez Alonso*)

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

A vueltas sobre la problemática de la libre designación en la habilitación nacional
(*Rafael J. Vera Torrecillas*)

El *ius aedificandi* vinculado a los usos agrícolas y ganaderos
(*Ginés Romero Jiménez*)

RESEÑA LEGISLATIVA

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: El Plan andaluz de acción por el clima
(*Carmen Núñez Lozano*)

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS BIBLIOGRAFÍA

Administración Pública

■ 111
2021



ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nº 111

Septiembre - Diciembre 2021

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 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.*
Vallés 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 Ríos, 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, Tomás. *Universidad Complutense de Madrid.*
Casado Casado, Lucía. *Universidad Rovira Virgili.*
Civitarese 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, Fernando. *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

ecoedicion  		
Tinta sin metales pesados y papeles procedentes de una gestión forestal sostenible		
Impacto ambiental por producto impreso	 Agotamiento de recursos fósiles 0,77 kg petróleo eq	 Huella de CO ₂ carbono 2,67 Kg CO ₂ eq
por 100 g de producto	0,06 kg petróleo eq	0,21 Kg CO ₂ eq
% medio de un ciudadano europeo por día	16,89 %	8,69 %
		reg. nº: 2022/016  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

Manuel J. Sarmiento Acosta <i>Los atentados al Estado de Derecho. Una reflexión desde el Derecho Público</i>	19
María Soledad Soriano Amores <i>La forma de gestión de los servicios públicos locales más eficiente</i>	69
Jesús Enrique Martín Martín <i>El principio de recuperación de costes en la Ley de Aguas de Andalucía: estado de la cuestión</i>	103
Mónica Alcudia Morales <i>La prestación de garantías para el pago de indemnizaciones en la demolición de inmuebles por orden judicial: el artículo 108.3 de la LJCA</i>	145

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Deber de confidencialidad o secreto como límite al derecho de acceso a la información pública <i>(Beatriz Idígoras Molina)</i>	183
La necesaria ordenación e intervención urbanística municipal sobre el uso turístico de viviendas: líneas rojas a la parahoteloría <i>(Miguel Ángel Rodríguez Martínez)</i>	195

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)

249

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)

287

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

(José L. Rivero Ysern)

307

CRÓNICA PARLAMENTARIA

- El proyecto de ley de presupuestos fracasa en el Parlamento Andaluz
(Victor Vázquez Alonso)

353

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

A vueltas sobre la problemática de la libre designación en la habilitación nacional <i>(Rafael J. Vera Torrecillas)</i>	361
El <i>ius aedificandi</i> vinculado a los usos agrícolas y ganadero en el campo andaluz <i>(Ginés Romero Jiménez)</i>	397

RESEÑA LEGISLATIVA

Reseña de disposiciones de la Unión Europea <i>(Lucía Millán Moro)</i>	439
Crónica normativa de la Junta de Andalucía <i>(Emilio Guichot Reina)</i>	489
Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica <i>(Carmen Núñez Lozano)</i>	501

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: El Plan andaluz de acción por el clima <i>(Carmen Núñez Lozano)</i>	511
---	-----

NOTICIAS DE REVISTAS AUTONÓMICAS

(*Severiano Fernández Ramos*)

525

RECENSIONES

AVILA RODRÍGUEZ, C.M., *Las minas y los yacimientos de hidrocarburos. Los títulos demaniales de aprovechamiento y su tutela ambiental.* Instituto García Oviedo, 2021, 362 págs.

(*María del Pilar Castro López*)

539

GONZÁLEZ RÍOS, I., *Los Entes Locales ante la transición y sostenibilidad energética. Nuevos desafíos jurídicos-administrativos para 2030/2050.* Prólogo de Ángel Sánchez Blanco. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, 423 págs.

(*José Alberto España Pérez*)

544

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO AUTONÓMICO

(*Javier E. Quesada Lumbreras*)

553

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 ARÉVALO, 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



“Los atentados al Estado de Derecho. Una reflexión desde el Derecho Público”

“The attacks on the rule of law. A reflection from public law”

Manuel J. Sarmiento Acosta

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿REALMENTE ESTÁ EN PELIGRO EL ESTADO DE DERECHO?. III. LAS PERVERSIONES MÁS COMUNES DE LOS PARÁMETROS SOBRE LOS QUE SE ASIENTA EL ESTADO DE DERECHO. 1. Tergiversación del sentido del voto democrático: el voto como legitimador de todo. 2. La abusiva utilización de fórmulas e instituciones de aplicación excepcional. 3. La vulneración neta de derechos constitucionales. 4. Un caso particular: la perversión de la expropiación urgente y la vulneración del derecho constitucional a la propiedad. A. El derecho constitucional a la propiedad y la expropiación forzosa. B. Régimen de la expropiación urgente. 5. La quiebra de los principios de legalidad, igualdad, de seguridad jurídica y de solidaridad en materia tributaria: la importante Declaración de Granada. A. Una quiebra del principio de legalidad y una vulneración del principio de presunción de inocencia. La DGT como monopolizadora de la interpretación del Derecho. B. Una quiebra del principio de igualdad: súbditos y no ciudadanos, confusión procedimental y cierta cantonalización tributaria. C. Quiebra de la seguridad jurídica y del principio de solidaridad. 6. Los atentados a la independencia judicial: el círculo vicioso de la colonización del gobierno de los jueces. A. Un problema capital para el Estado de Derecho. B. Sucesivas reformas en círculo que no resuelven el problema capital. C. Las alarmas sobre el Estado de Derecho expresadas por las propias asociaciones judiciales. D. El toque de atención sobre la Fiscalía General del Estado del Informe sobre el Estado de Derecho 2020. 7. La relegación y el cuestionamiento de los criterios meritocráticos: ideología versus profesionalización. A. La perversión de los principios de

Recibido: 2-6-2021

Aceptado: 4-11-2021

mérito y capacidad. B. El problema de la aplicación de la discrecionalidad técnica: ciertos avances en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo. III. CONSIDERACIONES FINALES. IV. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: El Estado de Derecho implica el sometimiento del poder al Derecho; en España supuso un gran logro en 1978, pero se observan perversiones muy significativas en distintos sectores que constituyen el corazón del Estado, como los excesos de la Administración tributaria, la colonización por los partidos políticos del gobierno del Poder Judicial, la exacerbación del derecho al voto al margen de lo que permite el ordenamiento o la vulneración de los principios de mérito y capacidad, entre otros casos. Es obligado rectificar el ordenamiento jurídico en estos ámbitos para asegurar la misma existencia del Estado de Derecho en la actualidad.

PALABRAS CLAVE: Estado de Derecho, división de poderes, derecho al voto, Administración tributaria, gobierno del Poder Judicial, principios de mérito y capacidad.

ABSTRACT: The Rule of Law implies the submission of power to the law; in Spain it was a great achievement in 1978, but very significant breaches are observed in different sectors that constitute the heart of the State, such as the excesses of the tax administration, the colonization by the political parties of the government of the Judiciary, the exacerbation of the right to vote regardless of what the law allows or the violation of the principles of merit and capacity, among others. It is necessary to rectify the legal system in these areas to ensure the very existence of the Rule of Law today.

KEYWORDS: Rule of Law, division of powers, right to vote, tax administration, government of the Judiciary, principles of merit and capacity.

I. INTRODUCCIÓN

Tanto España como la Unión Europea se basan en los principios inherentes al Estado de Derecho como consecuencia de una evolución histórica y cultural que representa una de las conquistas más elogiadas de la civilización occidental. El gobierno de la ley, y no el mandato del hombre, es una garantía para asegurar el recto desarrollo de los derechos y libertades de los ciudadanos y la sujeción a normas jurídicas estables que limitan el ejercicio del poder. Sucede que la evolución de las sociedades y de los propios aparatos institucionales de los Estados, y de los organismos internacionales, define nuevos escenarios en permanente cambio y muy complejos que hacen necesario una revisión o al menos la evaluación de técnicas e instituciones para que, precisamente, la Ley y el Derecho sean los hilos conductores de la vida individual y social y, por supuesto, del desarrollo de las funciones de las instituciones. Por ello se debe partir de una actitud abierta y progresiva en orden a mantener las esencias que

definen al modelo de Estado, que no se pueden considerar como conquistas históricas inmarchitables, sino como elementos que pueden desnaturalizarse o sencillamente pervertirse si no se revitalizan los presupuestos fundamentales del Estado de Derecho y se abordan las nuevas exigencias derivadas de las tecnologías, la globalización o los fenómenos como las pandemias que pueden poner en solfa muchos de los dogmas que identifican al modelo de Estado que tratamos.

Esta necesidad viene determinada en gran parte por los cambios políticos que han polarizado o desorbitado muchas de las posiciones que en otros momentos estaban menos en tensión, y que abren nuevos escenarios en los cuales pueden producirse mermas o graves deterioros del papel de los derechos fundamentales y las libertades públicas, el incremento de la corrupción o la reducción del control del Poder Ejecutivo y su brazo ejecutor, la Administración Pública. Tanto el nacionalismo rabioso como el populismo más o menos elemental suelen ser caldo de cultivo para el tratamiento desacertado de complejos problemas que reclaman perspectivas amplias y ricas, y no eslóganes sonoros que casi nada resuelven. En el propio ámbito europeo se observa la necesidad de tener esa actitud vigilante. Lo comprobamos en la constitución de GRECO¹ o en el Informe de 2020 (y en otros posteriores ya en elaboración) sobre el Estado de Derecho, que presenta una síntesis de la situación del Estado de Derecho en la Unión Europea y sus 27 Estados con evaluaciones específicas -algo superficiales, en mi opinión- que abarcan cuatro pilares: el sistema judicial, el marco de lucha contra la corrupción, el pluralismo en los medios de comunicación y otras cuestiones institucionales relacionadas con el control y el equilibrio de poderes. Por ello es necesario abordar algunas de las perversiones o atentados que se pueden observar en el desenvolvimiento actual del Estado de Derecho, sobre todo en España, si bien muchos de estos atentados pueden detectarse también en otros países, incluidos por supuesto los que integran la Unión Europea.

II. ¿REALMENTE ESTÁ EN PELIGRO EL ESTADO DE DERECHO?

Se suele entender que existe Estado de Derecho cuando el poder en sus distintas variantes se somete al Derecho y se reconocen y garantizan de forma efectiva los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Esto comporta que la mera decisión de un hombre o una mujer, influida por el prejuicio, el interés o el apego, no tiene capacidad ni para imponerse a los demás ni para vulnerar los derechos de los particulares. El poder se sujeta al Derecho, el cual, por supuesto, puede ser modificado – incluso sustancialmente- en función de los cambios que experimente la sociedad, pero, en cualquier caso, ese cambio debe realizarse de acuerdo con los procedimientos pre-

¹ Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), creado el 1 de mayo de 1999 en el ámbito del Consejo de Europa, que manifiesta su propósito de controlar la corrupción.

vistos por el mismo ordenamiento jurídico. El Estado de Derecho implica además la existencia de un “Estado”, que a través de un entramado de instituciones disponga de la fuerza para hacer efectivas las prescripciones legales. De no existir tal Estado, no es posible tampoco hablar de Estado de Derecho, pero hay que advertir además que solo el mero poder de ese entramado institucional, estable, articulado y efectivo, no basta para convertirse en Estado de Derecho. Puede existir Estado “con Derecho”, que es distinto, pero no Estado de Derecho².

Es indispensable que el ejercicio del poder se someta, canalice y exprese a través del Derecho, que es el que habilita y, por tanto, legitima en último término el desarrollo del poder. De suerte que, si el Derecho sin Estado es insuficiente y no pasa de ser mero “deber ser” sin eficacia real, el Estado sin Derecho no es más que una imposición más o menos arbitraria ejercida por un partido, un estamento o un individuo. Por esta razón el Estado de Derecho constituye una conquista que trasciende la ideología concreta³, porque contribuye a plasmar una sociedad más civilizada, plural y próspera, la cual ya no se gobierna por la decisión arbitraria o caprichosa del individuo, sino por algo que se impone por su generalidad y su racionalidad⁴. Aristóteles decía, justamente, que la ley es la razón desprovista de pasión, y es sabido que en un hombre también mandan las pasiones o los prejuicios cognitivos, lo que no garantiza siempre su ecuanimidad.

² Como dice DÍAZ, E., el Estado de Derecho implica “sometimiento del Estado al Derecho, a su propio Derecho, regulación y control de los poderes y actuaciones todas del Estado por medio de leyes, que han sido creadas – lo cual es decisivo– según determinados procedimientos de abierta y libre participación popular, con respeto pues para derechos fundamentales concordados con tal organización institucional” (“Estado de Derecho y democracia”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura, núm. 19-20, 2001-2002, p. 203).

³ Así DÍAZ, E. (2001-2002: 204) afirma: “El Estado de Derecho es, así, una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual (también dual, bifronte), hecha por gentes e individuos, sectores sociales, que, frente a poderes despóticos o ajenos, buscaban seguridad para sus personas, sus bienes y propiedades y que, a su vez, ampliando el espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad; y ello, en forma tanto de positiva intervención en los asuntos públicos como de negativa no interferencia de los demás”. En igual sentido, PÉREZ ROYO, J., refiere las conquistas paulatinas que supone la plasmación del Estado de Derecho (*Vid. Voz “Estado de Derecho”, en la Enciclopedia Jurídica Básica II*, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1995, pp.2906-2909): limitación del poder, control de las inmunidades de la Administración, legitimación democrática.

⁴ En síntesis, el Estado de Derecho se caracteriza por: a) imperio de la ley, b) división de poderes, c) fiscalización de la Administración Pública, y d) protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Se trata de una forma de Estado que ha sido definida como la institucionalización jurídica de la democracia (DÍAZ, E. 2001-2002: 205). En concreto, para el caso español, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Los fundamentos constitucionales del Estado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 52, 1998, pp. 30-31. Para el ámbito europeo, *vid.* WEBER, A. “El principio de Estado de Derecho como principio constitucional común europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 27-59.

Pero además el Estado de Derecho requiere una real división de poderes, incluso de una división temporal del poder⁵, porque es conocido que una vez que se tiene el manejo de las estructuras del poder es más fácil mantenerlo, y son muchos los que ceden a la tentación de perpetuarse utilizando las vías más inimaginables encaminadas a tal fin. La clásica división del poder en legislativo, ejecutivo y judicial es básica, y también vemos que es atacada con relativa frecuencia, unas veces de forma directa y sin mayor disimulo (como los casos de Polonia o Hungría recientemente señalados⁶ en el primer informe del Estado de Derecho en la Unión Europea de la Comisión), otras por vías más sibilinas o subrepticias como la colonización política de instituciones como el Consejo General del Poder Judicial o la Fiscalía General del Estado en España, la vulneración de los derechos de los contribuyentes invocando grandes valores de solidaridad y justicia fiscal⁷ o primando criterios puramente ideológicos sobre los profesionales, que son claramente meritocráticos al ser más objetivos y transparentes.

El Estado de Derecho exige asimismo una actitud abierta y despierta; abierta porque el Derecho que sirve de límite del poder debe ser operativo, esto es, debe adaptarse a través de procedimientos específicos a los cambios trepidantes de las sociedades actuales para poder pacificar de forma efectiva los conflictos de ésta, y despierta porque precisamente por los cambios constantes se necesita estar alerta para que el Estado de Derecho tenga una buena salud, la cual se manifiesta, como es obvio, en la plasmación real y efectiva de los derechos de los ciudadanos y en el control permanente del poder, siempre ávido de buscar los intersticios a través de los cuales escapar del rigor que tal modelo de Estado exige. Esto último resulta también relevante ya que lo que en ocasiones no se tiene en cuenta -sobre todo por las recientes generaciones que han tenido la suerte de no vivir los rigores de regímenes no democráticos- es que verdaderamente no hay posiciones definitivamente conquistadas y que, en realidad, siempre estamos en la casilla de salida. La Historia demuestra que la lucha constante, sistemática y perseverante por el Derecho de la que hablaba Rudolph von Ihering es esencial (“solamente luchando alcanzarás tu derecho”) y es

⁵ Que también tiene relevancia; *vid.*, GARCÍA PELAYO, M., “La división de poderes y su control jurisdiccional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 18-19, 1983, p. 15.

⁶ *Vid.* KRZYWON, A., “La defensa y desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, pp. 85-117. Estos excesos cometidos por los citados Estados han permitido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea destacar la relevancia del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial) en varias Sentencias, como la Sentencia de 27 de febrero de 2018 (C-64/16, EU: C. 2018: 117), 25 de julio de 2018 (Minister for Justice and Equality, C-216/18 PPU, EU: C:2018:586), 24 de junio de 2019 (Comisión/Polonia, C-619/18, EU: C: 2019: 531), 5 de noviembre de 2019 (Comisión/Polonia, C- 192/18, EU: C: 2019: 924) y de 19 de noviembre de 2019 (A.K., C-585/18, C-624/18 y C- 625/18, EU: 2019:982).

⁷ Más adelante analizaremos las alarmantes observaciones de la llamada Declaración de Granada.

lo único que nos salva – y no siempre- de los abusos y las arbitrariedades de los poderosos, sean éstos políticos, económicos, culturales, mediáticos o de cualquier otro signo; y que toda conquista exige el desgaste que produce la sangre, el esfuerzo, las lágrimas y el sudor (en expresión tomada en préstamo de Churchill⁸), hasta alcanzar el objetivo. Por tanto, la comodidad, la pereza o el olvido de las malas experiencias del pasado pueden resultar catastróficas cuando se trata de someter el poder- en cualquiera de sus variantes- al Derecho. Y esto es lo que debemos recalcar sobre todo por el acontecimiento mundial que ha supuesto la pandemia de la COVID-19. Ninguna generación viva ha experimentado el impacto, verdaderamente terrorífico, que se ha producido desde el mes de marzo de 2020, momento a partir del cual, de forma abrupta y trepidante, todo el mundo se ha visto sometido a serias restricciones de derechos y expectativas desconocidas hasta entonces.

Es evidente que nadie sensato puede estar en contra de medidas restrictivas para salvar la vida y la integridad física de millones de personas. No hay vuelta de hoja en este extremo; ahora bien, estas medidas tienen que ser excepcionales, interpretadas restrictivamente, justificadas científicamente o al menos en datos objetivos e indiscutibles, y por supuesto revisadas o eliminadas cuando pase la situación de excepción, porque de forma clara surge otro peligro, y es el de aprovecharse de la situación, primero, para mantener restricciones cómodas para el poder, y segundo, para acostumbrar a los ciudadanos a situaciones que no se ajustan al Estado de Derecho. No hay mejor ocasión para librarse de los controles que promover una situación de miedo y desconcierto que eche por la borda conquistas fraguadas con mucho esfuerzo durante las últimas décadas y que se pueden convertir en papel mojado si no se controla efectivamente el poder. Y es aquí donde se observan síntomas muy preocupantes que obligan a una seria reflexión y, por supuesto, a una rectificación⁹.

En primer lugar está el frecuente uso de fórmulas de organización social excepcionales, como declaración de estados de alarma¹⁰, con prórrogas sucesivas, toques de queda, restricción de movilidad de los ciudadanos, limitación de la libertad de empresa, del derecho de reunión y manifestación, etc. que no por ser coyunturalmente precisas dejan de ser muy restrictivas para la sociedad; en segundo término está el uso desorbitado de prerrogativas vulnerando lo previsto en la Constitución, como, por ejemplo, la vulneración de la inviolabilidad de domicilio con la excusa de

⁸ Discurso pronunciado el 13 de mayo de 1940 ante la Cámara de los Comunes.

⁹ No debe olvidarse que, como refiere DÍAZ, E. (2001-2002:206), a quien en última y más decisiva instancia se dirige el Estado de Derecho es fundamentalmente al propio Estado, a sus órganos e instituciones, a sus representantes y gobernantes, obligándoles a que tales actuaciones en todo momento se sometan al imperio de la ley.

¹⁰ Como resulta sabido, el estado de alarma de declaró por primera vez en el año 2010 como resultado de una huelga salvaje de controladores aéreos. En el año 2020 con ocasión de la COVID- 19 se ha declarado tres veces con sus prórrogas.

estar cometiendo una infracción administrativa. La famosa “patada en la puerta” es más preocupante de lo que parece, ya que, como afirmaba Churchill, precisamente “la democracia es el sistema político en el cual, cuando alguien llama a la puerta de la calle a las seis de la mañana, se sabe que es el lechero”. Que un policía, sin autorización judicial y sin el consentimiento del titular del domicilio, entre en una casa es ya una grave vulneración de los principios del Estado de Derecho, y esto ha ocurrido con la pandemia precisamente. Pero hay otros fenómenos preocupantes que trascienden de las disposiciones que se han aprobado y se aprueban por la pandemia de la COVID-19. Son ataques puros y duros al Estado de Derecho que no pueden aceptarse como normales. Veamos con algún detenimiento estas patologías. Nos hemos centrado solo en los casos más significativos y llamativos y, como es obvio, los que provienen de las actuaciones del Estado o de alguno de sus órganos o agentes¹¹, porque, como refiere Elías DÍAZ, es precisamente al propio Estado al que se dirige el rigor y el control que supone el “Estado de Derecho”.¹²

III. LAS PERVERSIONES MÁS COMUNES DE LOS PARÁMETROS SOBRE LOS QUE SE ASIENTA EL ESTADO DE DERECHO

1. Tergiversación del sentido del voto democrático: el voto como legitimador de todo

Es evidente que en un Estado social y democrático de Derecho como es el español (art. 1.1 CE), el derecho al voto es fundamental. El artículo 23.1 de la Constitución dice que los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. Sin embargo, como sucede con todos los derechos, debe ejercerse conforme a los requisitos y de acuerdo con los procedimientos establecidos por el propio ordenamiento. Se tiene que ejercer, pues, conforme a lo establecido en el llamado Derecho electoral, el cual, por cierto, en España ha sido muy inestable y ha estado sometido a constantes manipulaciones, razón por la cual la Constitución de 1978 procura salvaguardar la neutralidad y estabilidad del Derecho electoral¹³. El derecho al voto está unido inescindiblemente a la democracia, pero también a la le-

¹¹ Indudablemente es claro que todos los días se cometen millares de ilegalidades por los ciudadanos (delitos, infracciones administrativas, incumplimientos contractuales, impagos de deudas, interpretaciones erróneas de disposiciones normativas, etc.) pero las que deben ser objeto de una mayor preocupación son precisamente las que provienen del propio Estado que, como decía Max WEBER, dispone del “monopolio de la fuerza”, y por eso son tan peligrosas.

¹² *Vid* nota 9.

¹³ *Vid.* SATRÚSTEGUI, M., “Lección 22. La elección de las Cortes Generales”, en el vol colectivo *Derecho Constitucional Volumen II. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1997, p.40.

gualdad, de lo contrario no tendría fiabilidad por la posible manipulación de los propios procesos electorales. Pues bien, esta evidencia ha saltado por los aires en el proceso secesionista catalán¹⁴. Si nos acogemos a lo dicho por uno de sus protagonistas, el letrado del Parlamento catalán Antoni BAYONA, “la disociación que se ha hecho entre democracia y legalidad es un gravísimo error”¹⁵. Este letrado mayor cuyos informes advertían a la mesa de la Cámara catalana y a la mayoría del Gobierno que sus acciones vulneraban la Constitución, el Estatuto y el Reglamento del Parlamento, ha escrito un libro relatando su valiosa experiencia que lleva el significativo título de *No todo vale. La mirada de un jurista a las entrañas del procés* (Barcelona, 2019) y en el que se pone de manifiesto cómo se ha despreciado al Derecho con la vana pretensión de que el derecho al voto lo subsane todo¹⁶. Se dice en esta monografía, por ejemplo, que en Cataluña no hay ni la comprensión de lo que es un Estado moderno ni un cuerpo de funcionarios fuerte que haga de contrapeso del poder político.

El asunto es realmente insólito por su novedad y por constituir una abierta vulneración del ordenamiento jurídico vigente¹⁷. El 9 de octubre de 2015 el Parla-

¹⁴ Desde un punto de vista objetivo, lo primero que resalta en la deriva secesionista catalana desde las elecciones de 2012 es un grosero alejamiento de las más elementales reglas del Estado de Derecho, y el apoyo en medias verdades o simplemente meras falacias que tratan de dar gato por liebre, como se dice coloquialmente, a un electorado mediatizado por un discurso incendiario, trufado de sentimentalismo, y unidimensional. Es obvio que desde un planteamiento puramente democrático en el cual la libertad y el pluralismo tengan carta de naturaleza mantener alternativas políticas nacionalistas o independentistas es algo que se puede hacer, de la misma manera que también es palmario que tales alternativas, sean enarboladas por quienes quieran sustentarlas, deben apoyarse y seguir los cauces y requisitos establecidos en el ordenamiento constitucional. Invocar arteramente la democracia para vulnerar al Estado de Derecho que tanto trabajo ha costado en España establecer no lo puede admitir nadie con un mínimo de sensibilidad democrática. La democracia, el gobierno de las leyes y no la voluntad caprichosa, parcial y quebradiza de los hombres, es una de las señas de identidad de los modernos Estados que se encuentran en la órbita de la civilización occidental y, en particular, de los de la Unión Europea, pero tal democracia se robustece, justamente, por el respeto escrupuloso a las reglas y principios del Estado de Derecho. No se fortalece desde luego vulnerando alegremente normas y procedimientos encaminados a vertebrar la propia democracia. Por supuesto que esos procedimientos y normas se pueden modificar (y esto ya es otro problema que tampoco la Constitución facilita resolver por su rigidez excesiva), pero siempre respetando los propios procedimientos prescritos, no por la voluntad caprichosa de una mayoría, en este caso independentista. Lo contrario es entrar en el reino de la arbitrariedad, la tiranía de las mayorías y el oportunismo político. Sobre la cuestión catalana, vid, entre el sinnúmero de artículos -científicos y no científicos- que se han publicado los últimos años, las aportaciones de distintos autores en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016, in totum.

¹⁵ Vid. *El País* de 4 de marzo de 2019.

¹⁶ La afirmación que lo resume es la hecha por el presidente catalán Torra según la cual “hay que poner la democracia y la voluntad del pueblo por encima de la ley” (*Vid. El País*, cit.).

¹⁷ El mismo Tribunal Constitucional al final de la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración del Parlamento catalán, de 23 de enero de 2013, ha declarado que “El planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su

ment de Cataluña aprobó una declaración por una holgada mayoría de votos. Como señaló MUÑOZ MACHADO, nunca “había pasado algo así”¹⁸. Un Parlamento autonómico, que no tiene, como es obvio, poder constituyente, pretende nada menos que derogar la Constitución Española de 1978 en ese territorio sobre el que el declarante carece de cualquier potestad de enmienda o reconsideración. Pero va más lejos, porque ordena cuál será el trabajo del nuevo poder constituyente: constituir un Estado republicano en Cataluña y, además, en un acto de osadía insólita anuncia “una sedición en toda regla declarando que no cumplirá normas ni sentencias provenientes de instancias estatales que considera deslegitimadas sin apelación posible”¹⁹. Como es lógico, este problema ha llegado al Tribunal Constitucional; al margen de la celeberrima STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía reformado en el año 2006, se han dictado otras sentencias que tratan de contener y encauzar esta deriva secesionista. Así, la STC 42/2014, de 25 de marzo, declaró la nulidad de la Declaración sobre la soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña, de 23 de enero de 2013 (Resolución 5/X), porque no se puede atribuir el carácter de soberano a una parte u órgano del Estado porque se vulnera el artículo 2 de la Constitución. También el Tribunal Constitucional ha tenido que declarar nula la Resolución 306/XI sobre ordenación política del Gobierno (ATC 24/2017, de 14 de febrero, dictado en ejecución de sentencia) o ha anulado la disposición que habilitaba partidas para celebrar el referéndum (STC 90/2017, de 5 de julio). Más relevancia tuvo la STC 114/2017, de 17 de octubre, que resolvió la impugnación de la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, denominada “del referéndum de autodeterminación”, que se situaba extramuros de la legalidad constitucional y fuera, por tanto, de los parámetros del Estado de Derecho. Decía cosas tan sorprendentes – incluso para un estudiante de primero del Grado en Derecho- como que la Ley “prevalece jerárquicamente sobre todas las normas que puedan entrar en conflicto con la misma en tanto que regula el ejercicio de un derecho fundamental e inalienable del pueblo catalán” (art.3). Por esta razón el Tribunal Constitucional fue claro al afirmar que “La Ley 19/2017 es, con toda evidencia, inconstitucional y lo es en su conjunto al contrariar, de modo explícito, principios esenciales de nuestro ordenamiento constitucional: la soberanía nacional, residenciada en el pueblo español, la unidad misma de la Nación española constituida en Estado social y democrático de derecho, la propia supremacía de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes públicos y también, por tanto, el Parlamento de Cataluña (arts. 1.2, 2, 1.1 y 9.1 CE)”. Se trata, pues, de una Ley de ruptura, que no encuentra apoyo ni en la Constitución ni en el Estatuto de Autonomía, pero invoca un supuesto derecho a la

consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable (STC 103/2008, FJ.4)”.

¹⁸ *Vid. Vieja y nueva Constitución*, Ed. Crítica, Barcelona, 1.ª ed. 2016, p.164.

¹⁹ MUÑOZ MACHADO, S. (2016:164).

autodeterminación. Y lo mismo cabe decir de la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de “transitoriedad jurídica y fundacional de la república”, que también ha sido declarada inconstitucional por la STC 124/2017, de 8 de noviembre²⁰. Por todo esto tuvo que aplicarse el artículo 155 CE, que avaló por unanimidad el Tribunal Constitucional (SSTC 89 y 90/ 2019, de 2 de julio) en orden a limitar la autonomía en casos excepcionales como el catalán, aunque destacó su carácter de remedio subsidiario, excepcional y temporal.

Son ejemplos claros de subversión del ordenamiento del Estado de Derecho, de procesos de ruptura clara y neta y, por consiguiente, unos ejemplos diáfanos de atentados al Estado de Derecho, pues se quiere hacer saltar por los aires todo el entramado institucional de competencias, procedimientos²¹, principios y valores sin cambiar – como sería posible- las normas existentes. Y ello se hace tratando de legitimarlo todo por el derecho al voto, que vendría a constituir una especie de fórmula mágica que todo lo subsana.

Pero sin llegar a estos extremos, que rozan lo grotesco por su grosera vulneración del ordenamiento jurídico, también son apreciables estas pretensiones en la aprobación de Leyes, fruto de mayorías coyunturales, que intentan abrogar los propios postulados constitucionales, y que prescinden incluso de trámites esenciales,

²⁰ Vid. AZPITARTE SÁNCHEZ, M., “La defensa de la Constitución frente al secesionismo. Crónica política y legislativa del año 2017”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, 2018, pp. 147-175, y DE MIGUEL BÁRCENA, J., “El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 113, 2018, pp. 133-166.

²¹ Que permiten, además, grandes márgenes de actuación. Hay que tener en cuenta que, como ha resaltado ARAGÓN REYES, M., podría decirse que el artículo 168 CE, relativo a la reforma constitucional (procedimiento extraordinario o más agravado), “positiviza el derecho a la revolución, es decir, facilita las vías jurídicas (pacíficas) para el cambio político (por muy radical que éste fuere), asegurando, además, mediante el procedimiento, que será el pueblo (interviniendo dos veces, primero en elecciones realmente constituyentes, después en referéndum- precedido de la verificación de un amplio consenso político: mayorías de dos tercios en legislaturas sucesivas-) y no una minoría que le suplante, el que ejercerá el derecho colectivo de autodeterminación” (Vid. Voz “Reforma constitucional”, en *Enciclopedia Jurídica Básica IV*. Civitas, Madrid, 1.ª ed., 1995, p.5656). Sin embargo, hay que diferenciar posibilidad teórica de posibilidad real; es obvio que el procedimiento del artículo 168 entraña una dificultad más que notable. (Puede consultarse el temprano estudio de JIMÉNEZ CAMPO, J., “Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980, pp. 81-103) y, además, hay que considerar que la historia de las reformas constitucionales en España ha sido la historia de un rotundo fracaso (vid, por ejemplo, PÉREZ ROYO, J., “Una asignatura pendiente: la reforma de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003, pp. 215 y ss.). Lo que ha caracterizado la evolución política en este tema es la ruptura o derribo, el uso de procedimientos alternativos e irregulares, y la redacción de una nueva Constitución, que es lo que ha originado la enorme cantidad de Constituciones que se han aprobado. Vid. MUÑOZ MACHADO, S. (2016:75 y ss.). Por eso hay autores que postulan por la supresión del artículo 168 (cfr., TAJADURA TEJADA, J., “El problema de la reforma”, *El País*, de 9 de diciembre de 2017), porque tiene un nivel de rigidez que en la práctica lo hace casi inútil para el objetivo que en principio debe lograr: la reforma de la Constitución.

como informes, audiencias de expertos, etc., que ponen en cuestión un ejercicio perverso del derecho al voto.

2. La abusiva utilización de fórmulas e instituciones de aplicación excepcional

Las fórmulas de organización social excepcionales proliferan con motivo de la pandemia mundial de la COVID- 19. Estas fórmulas se caracterizan por otorgar enérgicos poderes a los Ejecutivos y reducir el margen de actuación de los ciudadanos²²; ello se desarrolla además en una situación de temor e incertidumbre que define también un escenario propicio para la comisión de verdaderos atropellos o conculcación de derechos que en otras circunstancias serían inadmisibles. Con la pandemia del COVID- 19 se han dictado más de 3.000 normas de distinto rango entre Leyes, Decretos-Leyes, resoluciones, etc., muchas con un carácter coyuntural y hasta contradictorio, lo que obliga a recapitular seriamente su aplicación cuando pase la situación pandémica²³.

El estado de excepción puede ser definido como “el conjunto de circunstancias, previstas, al menos genéricamente, en las normas constitucionales, que perturban el normal funcionamiento de los poderes públicos y amenazan a las instituciones y principios básicos del Estado y cuyo efecto inmediato es la concentración en manos del Gobierno de poderes o funciones que, en tiempo normal, deben estar divididas y limitadas”²⁴. En la doctrina han existido ilustres profesores que han defendido el Derecho de excepción, como Carl SCHMITT²⁵ o Maurice HAURIOU²⁶, para hacer frente a situaciones anormales en las que se precisan instrumentos excepcionales y eficaces para resolver un grave problema. Pero también otros relevantes autores han detectado los peligros que se producen con estas concentraciones de poder en

²² Así lo dice la STC 148/ 2021, de 14 de julio: “La declaración de cualquiera de estos estados conlleva necesariamente una potenciación de las potestades públicas, con la consiguiente constricción de los derechos de los ciudadanos, siempre con obediencia estricta a lo que prescribe la ley orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (...)”. La STC de 5 de octubre de 2021 recuerda que la STC 83/2016 (FJ. 8) destacó que el estado de alarma habilita para adoptar un conjunto de actuaciones, que, en ejecución de lo acordado por aquel, acarrea consecuencias jurídicas que afectan temporalmente a tres ámbitos: normativo, competencial de las Autoridades públicas y limitación o restricción de derechos fundamentales y libertades públicas.

²³ Esto atenta además el principio de seguridad jurídica, pues es difícil saber con certeza qué es lo que se aplica y qué es lo desplazado o derogado.

²⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El Estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, pp. 14 y ss. Puede consultarse CRUZ VILLALÓN, P., “El nuevo derecho de excepción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, pp. 93-130.

²⁵ *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, pp. 124-126.

²⁶ *Précis de Droit Constitutionnel*, Sirey, París, 1923, pp. 110-111.

los ejecutivos; así, por ejemplo, LUCAS VERDÚ²⁷ advirtió del riesgo que para la Constitución supone la repetición de los estados de necesidad, porque “el problema consiste en que, merced a las transformaciones sociales, ha habido una transposición entre la regla y la excepción, entre la norma y el hecho, de manera que el momento excepcional ajurídico se ha convertido en fenómeno normal; y entonces, a fuerza de producirse y repetirse, ha desbordado los cauces jurídicos concebidos como ordinaria regulación de lo normal. La repetición del estado de necesidad en el Derecho político conduce a la desvalorización de la normatividad constitucional, en la medida que, aunque ésta haya previsto y se encuentre en ella implícita, hiere gravemente al principio de supremacía de la ley, la cual se concibe en términos genéricos para que impere lo más largamente posible en la normalidad propia del Estado de Derecho”. Y es precisamente el alargamiento de la excepcionalidad – como sucede con la COVID-19- lo que constituye un peligro.

Así lo hemos visto en la aplicación del artículo 116 CE, referente al estado de alarma, y en las sucesivas prórrogas. Es sabido que el mencionado artículo prevé que “El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extiende los efectos de la declaración”²⁸. Este precepto se aplicó por el Real Decreto 1673/ 2010, de 4 de diciembre, que declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo; unos años más tarde se aprobó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19²⁹, que tuvo reiteradas prórrogas con la intervención del Congreso de los Diputados, como es obligado³⁰. Sucede que luego el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, declaró de

²⁷ *Curso de Derecho Político Vol.II*, Ed, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 678-681.

²⁸ El Tribunal Constitucional ha declarado (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 8) que a pesar de que se formaliza por Decreto, es un acto con rango y fuerza de Ley, el cual tiene capacidad para “suspender o desplazar la aplicación de leyes, normas o disposiciones con rango de ley y para establecer restricciones o limitaciones en el ejercicio de derechos”.

²⁹ Con restricciones a la libertad de circulación, confinamiento domiciliario, etc.

³⁰ También con algunos excesos, *vid.* GARRIDO LÓPEZ, C., “La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación- suspensión de derechos”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020, pp. 371-402, que pone de manifiesto que en el estado de alarma las restricciones han ido más allá de las previstas expresamente y evidencia una difícil distinción entre limitación y suspensión (p.400); propone además la modificación de la Ley Orgánica de 1981.

Es evidente que la Ley Orgánica reguladora dice que se podrá acordar medidas como “Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”, pero obligar a las personas a no salir de casa durante meses o no poder manifestarse resulta como mínimo forzado o de difícil encaje en tal disposición normativa.

nuevo otro estado de alarma, que fue prorrogado por otro Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre hasta nada menos que el 9 de mayo, lo que supuso una prórroga de seis meses sin cumplir con los requisitos establecidos en la Constitución.

En este sentido, hay que destacar que la citada STC 148/ 2021, de 14 de julio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos preceptos del Real Decreto 463/ 2020, de 14 de marzo y otros Reales Decretos posteriores, destacó que las limitaciones que fijó el Real Decreto citado vulneraron la libertad constitucional de circulación y el derecho fundamental a la libre elección de residencia (art. 19.1, párrafo primero CE). Respecto de la primera declara el Alto Tribunal: “Basta la mera lectura de la disposición para apreciar que esta plantea la posibilidad (“podrán”) de circular no como regla, sino como excepción. Una excepción doblemente condicionada, además, por su finalidad (“únicamente (...) para la realización” de ciertas actividades más o menos tasadas) y sus circunstancias (“individualmente”, de nuevo salvo excepciones). De este modo, la regla (general en cuanto a su alcance personal, espacial y circunstancial) es la prohibición de “circular por las vías de uso público”, y la “única” salvedad admitida es la de que tal circulación responda a alguna de las finalidades (...). Se configura así una restricción de este derecho que es, a la vez, general en cuanto a sus destinatarios, y de altísima intensidad en cuanto a su contenido, lo cual, sin duda, excede lo que la LOAES permite “limitar” para el estado de alarma” (...). El Tribunal Constitucional, después de argumentar sobre lo que es la limitación y lo que constituye la suspensión, llega a la conclusión de que estas restricciones que figuraban en el artículo 7 del Real Decreto son más una “privación” o “cesación” del derecho que una reducción. Concluye: “Dicho en otros términos, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende a radice, de una forma generalizada para todas las personas y por cualquier medio. La facultad individual de circular “libremente” deja pues de existir, y solo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto (...)”.

Arguye asimismo que la limitación impuesta a la libertad de circulación determine la prohibición o exclusión del derecho a trasladar o modificar el lugar de residencia habitual y, “paralelamente, la imposición al titular, como residencia inamovable, del lugar en que venía residiendo (...)”. Por tanto, declara inconstitucionales los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7.

Esta STC encontró serios objetos dentro del propio Tribunal Constitucional, que formularon varios votos particulares en los que se criticaba la postura del Alto Tribunal, que de alguna manera propone la declaración del estado de excepción para adoptar las medidas que contenía el Real Decreto. Así, el voto particular de Cándido Conde- Pumpido, por ejemplo, decía: “(...) la sentencia de la mayoría nos propone para luchar contra la pandemia suprimir los derechos constitucionales y sus garantías mediante la declaración del estado de excepción. Para ello debe superar el obstáculo no menor que supone el hecho de que no se cumpla el presupuesto para poder declarar tal tipo de estado”. En la misma dirección, la magistrada M.^a Luisa Balaguer Callejón criticaba al propio Tribunal por partir de una concepción formalista del texto constitucional, y en la medida que no es viable declarar simultáneamente el estado de alarma y el estado de excepción, dice esta magistrada que “una vez que el Tribunal Constitucional ha entendido que debió optarse por el de excepción para imponer la medida del confinamiento domiciliario, lo lógico hubiera sido declarar inconstitucional la totalidad del Real Decreto”. Son pruebas de la dificultad que este asunto tiene.

Por otra parte, la STC 168/2021, de 5 de octubre declaró que fue vulnerado el derecho fundamental de participación política (art. 23 CE), y declaró la nulidad de los Acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados de 19 de marzo de 2020, y del Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 21 de abril de 2020. El Alto Tribunal considera que la “decisión de interrumpir temporalmente la actividad parlamentaria, suspendiendo el cómputo de los plazos de las iniciativas registradas contraviene el mandato constitucional dirigido al Congreso de los Diputados para el ejercicio de sus propias funciones, particularmente la de control del Gobierno, con independencia del tiempo de duración de aquella interrupción, pues es de esencia a esta función, que el funcionamiento de la Cámara no deba ser paralizada, aunque lo sea de modo temporal, su actividad, ni siquiera y con mayor fundamento en el caso de un estado de alarma en vigor”.

Hay autores que han denunciado este exceso; así, por ejemplo, José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ- MUÑIZ, en su artículo, cuyo título ya es revelador (“Una prórroga de estado de alarma con visos de inconstitucionalidad”³¹), afirma que no puede minimizarse que mientras el estado de excepción que prevé el referido artículo constitucional establece una duración máxima de 30 días, prorrogables por otro plazo con ese mismo tiempo, el de alarma dispone un plazo máximo de quince días, que con la debida autorización del Congreso de los Diputados podrá también prorrogarse, y que si bien es cierto que ni la Constitución ni la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio marcan un plazo específico de duración de la prórroga o prórrogas, no por ello eso significa que puedan admitirse como conformes con la Constitución plazos tan elevados como el de seis meses, porque si la prórroga del estado de excepción se fija con un período de tiempo no superior al tiempo máximo que puede declararse inicialmente, “ello está evidenciando un criterio de fondo de la Constitución de que las prórrogas de estos estados excepcionales de emergencia no puedan extenderse, en buena lógica, a un tiempo superior al previsto para su inicial declaración”; por otra parte, como subraya también este profesor, sería absurdo que la no limitación expresa del plazo de prórroga pudiera entenderse como la habilitación de una situación de excepcionalidad por plazos que duplicasen o multiplicasen de cualquier modo al previsto inicialmente. Por consiguiente, “en modo alguno parece encajable en el orden constitucional “implícito” a la naturaleza de las instituciones y al conjunto del ordenamiento constitucional, la posibilidad de prorrogar de una sola vez el estado de alarma por plazos superiores. Prorrogarlo como se ha hecho nada menos que por ¡seis meses! de un golpe, me parece que resulta, pues, contrario a la Constitución y a la función que ésta encomienda al Congreso de los Diputados en el control de los estados de anormalidad y crisis del art. 116”³².

Otro autor (Miguel Ángel RECUERDA GIRELA³³) abunda en el mismo extremo, y considera un desacierto jurídico y un precedente muy peligroso para la democracia una prórroga de tal dimensión. Apunta una batería de argumentos de interés que conviene retener: a) en Derecho los plazos se prorrogan por períodos iguales o inferiores a los iniciales, pues si fueran superiores no se trataría realmente de prórrogas, sino de establecer un nuevo plazo; principio general del Derecho, “que es tan jurídico como una ley”; b) la autorización de prórroga es un mecanismo de control del Congreso de los Diputados sobre el ejercicio de un poder extraordinario y excepcional por parte del Gobierno que incide sobre los derechos fundamentales de las personas. Si la prórroga fuera extensa se perdería la eficacia del control parlamentario; c) las normas deben ser interpretadas restrictivamente cuando está en

³¹ En *El Imparcial*, de 30 de octubre de 2020.

³² *El Imparcial*, cit.

³³ “Una alarma muy preocupante”, en *La Razón*, de 29 de octubre de 2020.

juego la limitación de los derechos fundamentales; d) las competencias deben ser ejercidas por quien las tiene atribuidas como propias, y si el Congreso es quien controla al Gobierno mediante el otorgamiento, denegación u otorgamiento condicionado de la prórroga, una extensa prórroga supondría una dejación de funciones por parte del Congreso, que conllevaría una elusión de la responsabilidad; f) en concreto, en relación con la pandemia, dado que ésta puede ir cambiando, no debe autorizarse una prórroga de un estado de alarma cuyas medidas pueden resultar insuficientes, inadecuadas o sencillamente improcedentes; g) las autorizaciones de prórrogas, por eficacia y por responsabilidad – que son dos principios constitucionales del funcionamiento de los poderes públicos- deben adecuarse a la realidad y a la necesidad de cada momento, lo que es incompatible con el alargamiento por tiempo excesivo; h) las autorizaciones de prórroga deben ser proporcionadas; i) la duración del estado de alarma no debería de exceder de la del estado de excepción; y j) la prórroga del plazo de seis meses sería un precedente muy peligroso para la democracia española.

Es claro que la no previsión expresa de un tope máximo para las prórrogas impide formalmente señalar una limitación, pero también es palmario que no es adecuado con el espíritu constitucional, la naturaleza y funcionalidad de los estados excepcionales, ni por supuesto con la tutela y garantía efectiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas, la extensión desmesurada de una situación de estado de alarma³⁴, y seis meses es un período desmesurado, que vulnera el principio de proporcionalidad, ya que el Gobierno puede perfectamente articular un marco normativo nuevo que permita eludir esta declaración para hacer frente con eficacia a la situación sanitaria existente, como ha sucedido en Alemania, según relatan SOSA WAGNER y M. FUERTES³⁵, donde la Ley de protección contra las infecciones se modificó para abordar los severos problemas que conlleva la pandemia global del COVID- 19. Es pues la legislación sectorial la que debe actualizarse y adaptarse para hacer frente a esta situación sin duda muy compleja y llena de problemas de todo tipo, pero que no puede servir de subterfugio para hacer permanente la regulación excepcional, que no se olvide que limita derechos fundamentales y libertades

³⁴ La STC de 27 octubre de 2021 declara inconstitucional la prórroga de los seis meses y el nombramiento de autoridades competentes delegadas establecida en el Real Decreto 926/2020 del segundo estado de alarma. Declara el Alto tribunal que lo que merece censura, desde la perspectiva de la Constitución, no es la duración de la prórroga, sino el carácter no razonable o infundado, una vez visto el Acuerdo adoptado por el Parlamento nacional en su conjunto. Se realizó de un modo inconsistente con el sentido constitucional que es propio del acto autorización y sin coherencia alguna con las razones que hizo valer para instar la prórroga (Como esta nota a pie de página se ha incorporado en la corrección de las pruebas, y todavía no ha sido publicada, se refiere esta STC de acuerdo con la Nota informativa núm. 100/2021, de 27 de octubre, del Tribunal Constitucional).

³⁵ “Alarma: otra chapuza más”, *El Mundo*, de 28 de octubre de 2020.

públicas³⁶. En la legislación sanitaria, debidamente fundamentada en la experiencia que se tiene y los informes científicos actualizados, es donde deben habilitarse los instrumentos y facultades extraordinarias (prohibición de reuniones, cierre total o parcial de colegios, confinamientos perimetrales de municipios o Comunidades Autónomas, etc.)³⁷. Pero lo que se hizo fue modificar la LJCA de 1998 por medio de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, modificada posteriormente por el Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, en orden a atribuir a las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria.

Pero es que en el caso del estado de alarma la cuestión se enquistó más con la opción por la llamada “cogobernanza”³⁸, que supuso una interpretación muy forzada de lo que prevé el artículo 7 de la citada Ley Orgánica 4/1981, que permite la delegación en los presidentes de las Comunidades Autónomas “cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o en parte del territorio de una Comunidad”, pero no permite la delegación por Decreto de medidas restrictivas de derechos fundamentales, como son el confinamiento domiciliario nocturno y el cierre de municipios sin establecer un criterio real para adaptarlas más allá de unos evanescentes “indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad”, lo que contraviene el principio de seguridad jurídica³⁹ en un ámbito tan esencial para el Estado de Derecho como son los derechos fundamentales y las libertades públicas⁴⁰.

³⁶ El artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981 permite que el decreto de declaración podrá “limitar la circulación de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de determinados requisitos”. Y así el citado Real Decreto 926/2020 estableció restricciones a la libre circulación en horario nocturno (art. 5), a la entrada y salida de municipios y Comunidades Autónomas (art. 6) o a la permanencia de grupos en espacios públicos y privados (art. 7).

³⁷ El bloque normativo estaría integrado por el artículo 43 CE, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, así como la legislación específica de las Comunidades Autónomas sobre esta materia.

³⁸ También la STC de 27 de octubre de 2021 declara la inconstitucionalidad de la designación de las autoridades delegadas, porque contraviene lo dispuesto en la Ley Orgánica a la que reserva el artículo 116.1 CE. Además, el Gobierno acordó con carácter permanente la delegación sin reserva alguna de la supervisión efectiva o de la eventual avocación al propio Gobierno, de lo que las Autoridades delegadas pudieran actuar en sus respectivos ámbitos territoriales. (Vid nota 34).

³⁹ Vid. RUIZ ROBLEDO, A., “El estado de alarma: donde quiere el gobernante”, *El País*, de 6 de noviembre de 2020.

⁴⁰ Para hacer frente a la situación generada por el fin del estado de alarma (el 9 de mayo de 2021), se aprobó el Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, que modifica la LJCA de 1998 introduciendo

En resumen, es evidente que el abuso de las normas integrantes del Derecho excepcional, si no se aprueban con mesura y respetando el principio de proporcionalidad, puede resultar un claro atentado a los principios del Estado de Derecho y, en concreto, en uno de sus aspectos más esenciales: los derechos fundamentales y las libertades públicas. Lo que aumenta la gravedad del atentado. La propia controversia que se deduce del texto de la referida STC 148/2021 y de sus votos particulares demuestra lo delicado de fórmulas organizativas que pueden derivar en limitaciones o suspensiones de derechos, y que precisan de una ponderación muy equilibrada.

3. La vulneración neta de derechos constitucionales

Los derechos constitucionales constituyen elementos esenciales para que el Estado de Derecho sea una realidad efectiva; sin embargo, también son detectables muchas vulneraciones de estos derechos. Con independencia de los múltiples incumplimientos diarios que se producen⁴¹, hay casos verdaderamente graves por vulnerar derechos incluso fundamentales que tienen una protección reforzada en nuestro ordenamiento jurídico (cfr., art. 53 CE), como ocurre por ejemplo con la vulneración del derecho a la inviolabilidad de domicilio que se ha producido por actuaciones policiales durante la pandemia.

Sabido es que el artículo 18.2 de la Carta Magna establece que “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”, y que hay delitos previstos en el Código Penal para preservar este derecho, como el allanamiento de

un “nuevo” recurso de casación ante el Tribunal Supremo frente a los autos dictados sobre autorización o ratificación de medidas sanitarias dictados por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional para “fijar la doctrina legal sobre el alcance de la legislación sanitaria en relación con las limitaciones o restricciones de derechos fundamentales de los ciudadanos impuestas por las autoridades sanitarias”, dice la Exposición de Motivos. Con esta norma apresurada se traslada el problema al Poder Judicial, cuando ya se tenía una experiencia de más de un año de pandemia y se podía haber aclarado desde el punto de vista legal estas cuestiones, con previsiones específicas, claras y técnicas para contener la malhadada pandemia. Se hace también imponiendo plazos muy breves, incompatibles con el reposo que exige el funcionamiento de la Administración de Justicia, que es lo propio del Poder Judicial, que no está dotado ni habilitado para administrar o colaborar con la Administración de esta forma tan peculiar. Es un Poder distinto del Poder Ejecutivo que no está legitimado constitucionalmente para administrar o colegislar.

⁴¹ Basta con mencionar la cantidad de vulneraciones al derecho a la presunción de inocencia que se producen en distintos programas de televisión -la llamada telebasura-, donde se desacredita y condena a personas sin el menor rubor y sin apelación efectiva, o la deriva verdaderamente alarmante de las redes sociales donde se vulnera también sin el menor reparo derechos de personas por los motivos más peregrinos, desconociendo los derechos constitucionales más básicos, como la presunción de inocencia, el derecho al honor y la intimidad personal, etc. (*Vid.* con un planteamiento muy general de estas cuestiones, BALAGUER CALLEJÓN, F., “Crisis sanitaria y Derecho Constitucional en el contexto global”, *UNED Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020, pp. 123 y ss.).

morada, delitos cometidos por funcionarios públicos contra la inviolabilidad, etc.⁴². Es un derecho cuya titularidad corresponde a cualquier persona física o jurídica⁴³, con independencia de su nacionalidad y que protege cualquier espacio cerrado que se ocupe⁴⁴, al margen de su título jurídico (propiedad, arrendamiento, etc.). Porque se trata de un concepto que implica “la aptitud para desarrollar en él vida privada”⁴⁵, por lo que no es técnicamente domicilio un almacén (STC 228/1997, de 16 de diciembre), un bar (STC 283/ 2000, de 27 de noviembre), unas oficinas o unos locales abiertos al público; tampoco un automóvil, salvo que se trate de caravanas capaces de albergar la vida doméstica de quienes los ocupan (STS, Sala de lo Penal, de 26 de febrero de 2003). Pero sí es domicilio una habitación de hotel (STC 10/2002, de 17 de enero), los jardines circundantes de un chalet (STS de 4 de noviembre de 2002), los camarotes de las embarcaciones (STS de 29 de abril de 2011) o la rebotica de una farmacia (STS de 3 de septiembre de 2002). El ordenamiento impone que la Administración necesita autorización judicial para entrar en los domicilios a efectos de ejecutar los actos o acuerdos administrativos, lo que constituye un límite a la denominada autotutela administrativa (STC 22/1984, de 17 de febrero); autorización que la concede el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo competente (cfr., art. 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El precepto constitucional es rígido y claro, y comporta que solo cuando tiene el consentimiento del titular⁴⁶, exista resolución judicial o se esté ante flagrante delito⁴⁷

⁴² Es un artículo de enorme importancia; por eso el artículo 55.2 de la Constitución destaca que una Ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria autorización judicial y el adecuado control parlamentario, el derecho del artículo 18.2 CE, entre otros, “pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”, y que “la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”.

⁴³ Vid. PARDO FALCÓN, J., “Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992, pp. 167-173.

⁴⁴ Vid. GARCÍA TORRES, J., voz, “Derecho a la inviolabilidad de domicilio”, en la *Enciclopedia Jurídica Básica. Vol. II*, Ed. Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1995, pp.2154-2158.

⁴⁵ Declaró el Tribunal Constitucional (STC 22/1984, de 17 de febrero) que “El domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello a través de este derecho no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella”; garantiza pues un ámbito de privacidad y “veda toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos”. Lo que implica que hay un nexo de unión con el derecho a la intimidad personal y familiar.

⁴⁶ Consentimiento, además, inequívoco, aunque no necesariamente expreso (STC 22/1984).

⁴⁷ Que supone la concurrencia de dos elementos: la evidencia y la urgencia (STC 341/1993, de 18 de noviembre).

se puede penetrar en lo que es el domicilio. Pues bien, con la justificación incorrecta de perseguir una simple infracción administrativa⁴⁸, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado durante la pandemia penetraron sin autorización judicial ni consentimiento de los titulares en domicilios. Lo hicieron también con el estrépito propio de un golpe de ariete y reventando materialmente el marco de la puerta, cuando lo procedente es acudir al Juzgado de guardia para solicitar una autorización judicial de entrada a domicilio particular, la cual se puede conceder a través de resolución motivada (cfr., arts. 550 y 558 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) lo que es un grave atentado a uno de los elementos básicos del Estado de Derecho.

Pero hay también otras notables manifestaciones de vulneración de derechos constitucionales, como el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la igualdad, etc., que veremos más adelante con el análisis de la Declaración de Granada (2018), o de conculcación del derecho de propiedad privada por un uso pervertido de la expropiación urgente, como veremos seguidamente.

4. Un caso particular: la perversión de la expropiación urgente y la vulneración del derecho constitucional a la propiedad

A. El derecho constitucional a la propiedad privada y la expropiación

En los Estados democráticos y de Derecho el reconocimiento de la propiedad privada es consustancial; con más o menos extensión, con diversas modulaciones y estatutos jurídicos, es obvio que este derecho constituye una de las señas de identidad de todos aquellos Estados que se erigen por ahora en el último eslabón de una concepción que reconoce y garantiza los derechos de los ciudadanos y, paralelamente, somete el Poder a la ley y al Derecho, como ya hemos destacado.

El derecho de propiedad no se define jurídicamente como se hacía en los Códigos decimonónicos, con una clara influencia del famoso Código de Napoleón, de 21 de marzo de 1804, ni con el alcance que previamente le confería a este derecho la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto 1789 (art. 17). El “moderno” derecho de propiedad se caracteriza por su función social, lo cual se comprueba sobre todo en las potestades que se le atribuyen al Estado para intervenir en sectores como la ordenación del territorio y el urbanismo, el medio ambiente y los recursos naturales o, por lo que ahora interesa, la expropiación forzosa, que supone, como es conocido, una transferencia coactiva de un bien o derecho de contenido económico de un particular al Estado por causa de utilidad pública o interés social.

⁴⁸ Este comportamiento ha sido objeto de severas críticas por parte de diversos autores en distintos medios de comunicación social; así, PÉREZ ROYO, J., “Inviolabilidad de domicilio en tiempo de pandemia”, en *Diario.es*, de 30 de marzo de 2021, y TAJADURA TEJADA, J., “Inviolabilidad de domicilio y covid-19”, *El País*, de 30 de marzo de 2021.

Es palmario que la expropiación no es una confiscación, ni por supuesto una venta forzosa, mucho menos es una especie de “donación forzosa” que se le impone al expropiado; es, por el contrario, el ejercicio de una potestad pública que el ordenamiento jurídico le atribuye al Estado en beneficio de los ciudadanos, y no en el propio, y que como tal debe ser desarrollada con arreglo a las causas legitimadoras (utilidad pública o interés social) y los procedimientos y límites que ese mismo ordenamiento prevé.

Concretamente en España la función social de la propiedad se reconoce en lo que es la tercera Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (la primera es de 1836 y la segunda de 1879); Ley que, a pesar de aprobarse en un contexto jurídico-político muy diferente al actual en el sistema español, tiene una calidad técnica bien reconocida por la doctrina especializada, y ha soportado muy bien el paso del tiempo, prueba de lo cual es su aplicación actual por los poderes públicos españoles – no solo la Administración territorial (del Estado, las Comunidades Autónomas y los entes locales), sino por el propio poder legislativo (el Tribunal Constitucional español ha admitido las denominadas “expropiaciones legislativas”. SSTC de 2 de diciembre de 1983 o 3 de marzo de 2005, entre otras).

La función social impone que la propiedad debe perseguir un fin social racional, ponderado con valores y principios constitucionales que definen una situación del propietario distinta a la que se reflejaba en los viejos Códigos civiles. Esta función social habilita limitaciones o restricciones en orden a perseguir fines de interés público, y en este sentido el artículo 33 de la Constitución Española de 1978, si bien reconoce y garantiza el derecho de propiedad, lo supedita a “la función social que ha de cumplir, la cual delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”. Sin embargo, la propia Constitución se encarga de precisar algo de suma relevancia: que nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes.

Por tanto, es evidente que se reconoce el derecho de propiedad, pero también la posibilidad de expropiación, que se presenta, prima facie, como un poder exorbitante, irresistible y ciertamente intimidatorio para el particular. Lo que comporta que debe ejercerse siempre con estricto cumplimiento a los procedimientos y garantías, pues de lo contrario ni sería una expropiación ni el Estado que la aplicase puede autoproclamarse de Derecho. Estas dos condiciones deben ser resaltadas como se merecen, pues de lo contrario se pierde el sentido y alcance que debe tener una expropiación.

Pues bien, la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 referida prevé un procedimiento general, ordinario o común, unos procedimientos especiales – algunos de

los cuales han sido derogados y se regulan en la actualidad por otros textos legales, como las expropiaciones urbanísticas o en materia de propiedad industrial-, y por último prevé el procedimiento de urgencia, que en la economía de la Ley tendría que ser un procedimiento de aplicación excepcional, y el ordinario o normal tendría que ser el general. La expropiación de urgencia se había reconocido unos años antes, con ocasión de la finalización de la guerra civil española, por medio de la Ley de 7 de octubre de 1939, y tenía por objeto facilitar la reconstrucción, rehabilitación o recuperación en una situación de devastación por los daños causados por la mencionada contienda. La Ley de Expropiación Forzosa la recoge, pero enfatizando – así lo hace en su propia Exposición de Motivos-, su carácter excepcional, es decir, inhabitual y no normal. En otros países también se reconoce esta modalidad expropiatoria, pero con matices importantes en los que no podemos entrar⁴⁹.

Pero he aquí que por esas paradojas del poder, que, como se sabe, nunca son inocentes ni tienen coste cero para el ciudadano, lo que se ha definido en las últimas décadas es una situación contraria al propósito del legislador: es decir, el procedimiento común u ordinario se ha convertido en excepcional e, inversamente, el procedimiento de urgencia es el que la práctica ha convertido en normal, esto es, es el que con carácter ordinario usan las Administraciones que tienen atribuida la potestad expropiatoria. De forma paulatina (ya se hace así en los diferentes Planes de desarrollo que se aprueban en el régimen de Franco), con más timidez al principio, y con más descaro en los últimos tiempos, como suelen comportarse los pícaros y los desvergonzados cuando cogen confianza, hoy la expropiación urgente es la que se aplica cuando ni siquiera existe esa urgencia que teóricamente es la que legítima para el uso. Lo cual no puede pasar como normal, pues supone una reducción de las garantías de los expropiados, que para más inri ven como en ocasiones no solo se les indemniza por un valor inferior al de mercado, sino que pasan años y años hasta que cobran sus misérrimas indemnizaciones, que además deberán pagar impuestos.

Este es un caso de “perversión del ordenamiento jurídico” sin la menor duda; perversión que sitúa al expropiado en una situación más precaria y difícil por la tardanza en el cobro de su indemnización, la previa ocupación del bien, y la tardanza, asimismo, de las resoluciones judiciales que en su caso puedan dictarse tras unos largos procedimientos jurisdiccionales. No es de extrañar que un magistrado español experimentado haya hablado de “la temible expropiación por urgencia”⁵⁰ (J.R.

⁴⁹ Cfr., BAÑO LEÓN, J. M.^a, “Aproximación al régimen jurídico de las expropiaciones forzosas en Francia, Italia y Alemania”, *Documentación Administrativa*, núm. 222, 1990, pp. 199 y ss.

⁵⁰ Vid. CHAVES GARCÍA, J. R., “La temible expropiación por urgencia”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en Administración Local y justicia municipal*, núm. 6, 2019, pp. 121- 130.

CHAVES GARCÍA), pues el ejercicio de esta potestad debe preocupar e incluso asustar a los particulares, que se ven inermes ante un ejercicio del poder descarnado y con tintes autoritarios, pues los mecanismos de defensa están seriamente reducidos frente al poder de la Administración. Piénsese que en un Estado descentralizado, como es el español, no solo puede expropiar la Administración General del Estado, sino las diecisiete Comunidades Autónomas y los miles de entes locales que pueblan el mapa del Estado. Si a ello se añade la actuación poco diligente de la misma Administración expropiante, que en ocasiones simplemente omite o incumple trámites (actas previas que no reflejan la totalidad del bien; acta previa que no pasa a definitiva, ocupación del bien sin depósito previo, etc.), es evidente que la situación en la cual queda el expropiado es bastante débil.

B. Régimen de la expropiación urgente

El procedimiento de urgencia consiste, en síntesis, en una inversión de determinadas fases del procedimiento ordinario y, en concreto, en él se produce una anticipación de la ocupación de los bienes u objetos antes de la fijación definitiva del justiprecio y de su pago, que se pospone para la parte final. Esto significa, por lo tanto, que desaparecen las posibilidades que ofrece el artículo 15 de la Ley a los afectados por la expropiación tramitada conforme al procedimiento general de hacer valer sus puntos de vista acerca de los bienes que deben o no ser objeto de la expropiación para atender al fin de utilidad pública o interés social.

El artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa establece que es el Consejo de Ministros (o Consejo de Gobierno en el caso de las Comunidades Autónomas) el órgano competente para declarar la urgente ocupación de los bienes afectados por la expropiación a que dé lugar la realización de una obra o finalidad determinada. Antes se deberán practicar los trámites pertinentes (información pública por plazo de quince días, art. 56.1 del Reglamento de Expropiación; trámite preceptivo y esencial, según el Tribunal Supremo: STS de 4 de julio de 2019; rec 220/2018) y deberá figurar la oportuna retención del crédito para poder abonar en su caso la indemnización que corresponda. El acuerdo, además, debe estar motivado, y puede impugnarse, según ha establecido desde hace ya varias décadas la jurisprudencia del Tribunal Supremo (*Vid.* STS de 25 de octubre de 1982, entre otras), sobre la base de los artículos 24.1 - tutela judicial efectiva- y 106. -control integral de la actividad administrativa- de la Constitución española de 1978.

La utilización de la expropiación urgente, como se ha dicho, es muy frecuente, y se aplica a casos de mucha relevancia, como son las expropiaciones de inmuebles para la construcción de obras públicas o el establecimiento de servicios públicos o las expropiaciones urbanísticas; estas últimas, además, se suelen hacer por el llamado procedimiento de tasación conjunta, que afecta a una pluralidad de propietarios

afectados por una operación urbanística. Es más, desde hace ya mucho tiempo, muchas Leyes sectoriales optan sin ningún rubor por la expropiación urgente como si fuera lo más normal, cuando es claro que dicha urgencia es más que dudosa (v.gr.: Ley 10/ 1987, de 15 de mayo, sobre normas básicas para un desarrollo coordinado de actuaciones en el sector del combustible, art. 10; Ley 31/ 1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, art. 17.3; o la más reciente Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, art. 29.4, etc., etc.).

La declaración de expropiación urgente implicará la necesidad de ocupación de los bienes que hayan de ser expropiados, según el proyecto y replanteo aprobados y los reformados posteriormente, y dará derecho a ocupación inmediata. A tal efecto se notificará a los interesados afectados el día y la hora en que ha de levantarse el acta previa a la ocupación. Esta notificación se llevará a efecto con una antelación mínima de ocho días y mediante cédula. Para levantar el acta – que es un acto administrativo de constancia, que no se puede impugnar de forma independiente al ser técnicamente un acto de trámite (STS de 8 de febrero de 2005)-, deberán acudir los propietarios y demás interesados, que pueden ir acompañados a su vez de un perito y un notario, el representante de la Administración, acompañado de un perito y del Alcalde o Concejral en que delegue. Es importante resaltar que en el acta se harán constar los hechos en orden a describir el bien o derecho expropiable y hacer constar todas las manifestaciones y datos que aporten los propietario y demás interesados que sean útiles para determinar los derechos afectados, sus titulares, la situación, el valor y los daños determinados por la rápida ocupación (mudanzas, pérdida de cosechas, etc.). Tratándose de terrenos cultivados se hará constar el estado y extensión de las cosechas, los nombres de los cultivadores y el precio del arrendamiento o pactos de aparcería en su caso. Si son fincas urbanas se reseñará el nombre de los arrendatarios, el precio del alquiler y, en su caso, la industria que ejerzan. El Tribunal Supremo español ha declarado que tanto la ausencia del propietario como la del Alcalde o Concejral en quien delegue “son insubsanables”, de forma que su omisión conlleva la anulación del procedimiento (STS de 23 de noviembre de 1997).

Después del acta previa a la ocupación debe procederse a la hoja de depósito previo, que debe ser elaborada por la Administración realizando una estimación del valor de la finca con arreglo a la capitalización de valores fiscales (catastrales) y fijando la indemnización que estime debe corresponder por el importe de los perjuicios derivados de la rapidez de la ocupación, tales como mudanzas, cosechas pendientes, etc. Esta fijación tiene un contenido económico más bien simbólico, y es frecuente que los expropiados se indignen por la irrisoria cantidad que la Administración fija,

y no acepten recibir tan escasa cantidad⁵¹. El importe se consigna en la Caja General de Depósitos, devengando a favor del expropiado el interés legal (art. 52 LEF); si bien el expropiado podrá retirarla y cogerla en cualquier momento, debiendo devolver el exceso si el justiprecio que después se fije fuera de cuantía inferior (art. 58.1 del Reglamento de Expropiación Forzosa).

Efectuado el depósito y abonada o consignada, en su caso, la previa indemnización por perjuicios, la Administración procederá a la inmediata ocupación del bien de que se trate, y se tramitará el expediente de expropiación en sus fases de justiprecio y pago según la regulación general, debiendo darse preferencia a estos expedientes para su rápida resolución (art. 52. 6ª y 7ª LEF); algo que en la práctica es más teórico que real. No obstante, a partir de la ocupación comienzan a generarse los intereses de demora en favor del expropiado sobre el justo precio que se establezca (art. 52. 8ª, LEF). Pero si la ocupación efectiva de los bienes se retrasa más de seis meses, el devengo de los intereses tiene lugar a partir de esos seis meses, según la jurisprudencia, para no hacer de peor condición a los expropiados por el procedimiento de urgencia que por el ordinario (STS de 17 de marzo de 2001, entre otras).

Las perversiones que se denuncian de esta modalidad expropiatoria se comprueban, por ejemplo, en el hecho de que a veces, desde que se levanta el acta de ocupación pasan meses o años sin que la Administración efectúe actos de ocupación real de la finca, lo que resulta incoherente con una expropiación urgente, pues ello acredita que no existía en realidad tal urgencia. El legislador debería poner coto a estos abusos de la posición dominante de la Administración, y sancionar con la anulación del expediente de urgencia si transcurrido un tiempo razonable -por ejemplo, un año- no se ocupa efectivamente el bien.

5. La quiebra de los principios de legalidad, igualdad, de seguridad jurídica y de solidaridad en materia tributaria: la importante Declaración de Granada

Como nos recordaba GARCÍA DE ENTERRÍA⁵², ya el artículo 14 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, aprobada por la Asamblea Francesa el 26 de agosto de 1789, establecía que “Todos los ciudadanos tienen derecho a constatar, por sí mismos o por sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente y de seguir su empleo⁵³, así como determinar su

⁵¹ Se observan críticas y denuncias en los informes de los Defensores del Pueblo sobre este asunto

⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, p.176.

⁵³ Subraya GARCÍA DE ENTERRÍA en este mismo libro que un aspecto que se destaca es el de “seguir su empleo”, lo que implica algo más que el antiguo derecho de las Cortes medievales (1994:179).

cuota, importe y duración”, de la misma manera que también destacaba que LOCKE señaló que detraer patrimonio por vía impositiva sin consentimiento del contribuyente “es desconocer e infringir el gran derecho natural de la propiedad y subvierte así el fin del gobierno”⁵⁴. En la misma Declaración americana de independencia palpita la exigencia de que se establezca el consentimiento de los obligados a tributar y que, por tanto, la obligación de contribuir a las cargas públicas se habilite por Ley. Esto quiere decir que entre los fundamentos esenciales del Estado democrático de Derecho está que la imposición de tributos se haga con base en la Ley y respetando además principios como el de igualdad y de seguridad jurídica.

La Constitución española de 1978 obedece a este planteamiento. El artículo 31 es claro:

“1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio

2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía

3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley”.

Por consiguiente, es evidente que el principio de legalidad, la igualdad, la solidaridad y la prohibición de la confiscación son destacados por la Constitución, y en coherencia con ello las relaciones tributarias deberán anclarse en el principio de capacidad económica (art. 31.1) conforme a unas normas tributarias inspiradas en los principios de igualdad y progresividad, de la misma forma que los gastos públicos deberán respetar la equidad y observar siempre criterios de eficiencia y economía.

Estas nociones, que son esenciales para el Estado de Derecho, ya se fraguaron adecuadamente antes de la misma aprobación de la Constitución. Como afirma la Declaración de Granada, de 18 de mayo de 2018⁵⁵, “los autores de los años 50 y 60 crearon un Derecho Financiero constitucional, propio de un Estado de Derecho, esto es, desarrollaron su actividad “como si” (y es necesario resaltar las comillas) en España existiera entonces un régimen democrático. No cabe duda de que este planteamiento se debió en buena parte a la filiación de sus inspiradores, fundamentalmente autores italianos, alemanes y franceses. Por ello, la incorporación de los principios

⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1994: 177).

⁵⁵ Puede consultarse en la Revista Española de Derecho Financiero, núm. 179, 2018, pp. 17-34. Declaración muy relevante porque está firmada por más de treinta Catedráticos de los más prestigiosos en España del último medio siglo. Uno particularmente cualificado, Juan MARTÍN QUERALT decía (*EL Mundo*, de 19 de mayo de 2018), “constatamos que tras un largo camino de muchos años nos encontramos como al principio, un hecho descorazonador, porque antes no había Estado de Derecho”.

y reglas esenciales del ordenamiento financiero a la Constitución de 1978 se realizó sin apenas discusión parlamentaria, ya que el andamiaje conceptual sobre la que se asientan estaba construido, y no fue necesaria otra tarea que trasladarlo materialmente al texto constitucional”. Pero hete aquí que en lugar de avanzar en el buen sendero constitucional y respetar, por tanto, los principios de legalidad, de igualdad, de seguridad jurídica y de solidaridad, lo que se ha definido es justo lo contrario, y se ha vuelto en la práctica al principio⁵⁶, es decir, a una Administración de talante autoritario, que ve al obligado tributario siempre con desconfianza y lo trata más como a un súbdito que como a un ciudadano. En conclusión, en la realidad no se ha avanzado absolutamente en nada. Así, siguiendo punto por punto esta Declaración, que está avalada por un conjunto de autores sobre los que no se puede albergar dudas (porque, lógicamente, aparte de que tienen una gran cualificación en la disciplina, son muchos y tendrán, como es obvio, distintas perspectivas ideológicas), podemos decir que la situación actual se caracteriza en la práctica por:

A. Una quiebra del principio de legalidad y una vulneración del principio de presunción de inocencia. La DGT como monopolizadora de la interpretación del Derecho

Tras señalar esta declaración que “el afán recaudatorio se ha convertido en el único objetivo del comportamiento de los órganos tributarios, con olvido de los derechos y garantías individuales” - lo que es una afirmación muy grave que obliga a reflexionar seriamente sobre los límites del Estado de Derecho- destaca que, si bien el imperio de la Ley constituye la primera e indeclinable exigencia de un sistema jurídico financiero, “observamos perplejos el desvalimiento de la Ley en este campo”. Porque en los últimos años se ha ido “consolidando la primacía del Poder Ejecutivo frente al Poder Legislativo, lo que se ha traducido en la asunción como ordinario de algo que no lo es, y que no debe serlo, como es la gobernación de la Hacienda Pública mediante el recurso reiterado a la figura del Decreto Ley”, lo que constituye un peligro porque hurta al Parlamento, único depositario de la soberanía nacional, la posibilidad de disponer sobre los institutos básicos del ordenamiento financiero⁵⁷.

⁵⁶ Probablemente peor que al principio, porque sabido es que antes de la Constitución la presión fiscal no era tan fuerte sobre los ciudadanos como ahora. En la actualidad no solo hay un incremento de la tributación, sino que se han desnaturalizado las garantías. Con esta afirmación no se discute la necesidad de respetar escrupulosamente el artículo 31 CE, y tributar lo que proceda; solo se enfatiza que lo único que preocupa es recaudar al margen de cualquier formalidad. Es la aplicación pura de “el fin justifica los medios”, y el fin aquí es allegar fondos.

⁵⁷ La Declaración dice textualmente: “Y no cabe la menor duda de que en nuestro país se ha abusado de la utilización del RDL. Si dejamos de lado los dos o tres últimos años, de escasa producción normativa, dada la minoría gubernamental en la composición del Parlamento, una lectura apresurada del BOE pone de manifiesto que en lo que llevados del siglo XXI se han aprobado una media de casi dos RDL por mes, aunque es verdad que muchos de ellos se tramitan a continuación como leyes ordinarias (...)”.

Pero es que además el abuso de las llamadas Sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional implica un deterioro de la legalidad tributaria que consiste que al final el Derecho termina siendo “lo que dice el Tribunal y no lo que dicen las normas”, lo que genera gran confusión sobre todo en un panorama jurisdiccional en el que existen múltiples órganos (Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas) a los que hay que añadir las decisiones emanadas de los Tribunales Económico- Administrativos. La Declaración va más allá y afirma que “la importancia que la Administración reconoce a estos últimos órganos administrativos y a los Tribunales de Justicia supone el abandono de los principios que rigen la teoría general de las fuentes del Derecho”.

Pero la burla del principio de legalidad por la Administración tributaria no queda en lo apuntado, porque el propio legislador utiliza un lenguaje confuso, difícilmente comprensible, que se hace más críptico con las permanentes remisiones normativas a otros textos “que hacen poco menos que imposible no ya la interpretación de los textos legales o reglamentarios, sino su propia comprensión, incluso por parte de los especialistas en la materia”. Lo que trae como consecuencia algo quizá peor, y es que se convierte a la “DGT en una especie de oráculo que viene a explicar a todos (Administración, contribuyentes y Tribunales) la verdad revelada contenida en la norma objeto de interpretación”. Además de lo expuesto, la Administración usa sus potestades normativas para convertir lo que era contrario a Derecho en Derecho vigente, es decir, cambiar el ordenamiento para conseguir sus propósitos. De esta forma, “lo que los Tribunales han declarado contrario a Derecho viene a convertirse en Derecho mediante la correspondiente reforma normativa”.

Se denuncia también el uso de la técnica de la sanción objetiva, a despecho del principio de culpabilidad y de la necesaria motivación exigida por los Tribunales. La situación alcanza la gravedad máxima cuando “frente al principio que garantiza la presunción de inocencia, parece haberse dado cálida acogida en las dependencias administrativas a la presunción de culpabilidad. El problema – prosigue la Declaración- es muy grave, y se acentúa cuando, como sucede actualmente, el Legislador ha convertido al contribuyente en una especie de administrador vicario, lo que le obliga a cumplir con unas obligaciones materiales y unos deberes formales que originariamente deben ser propios de la Administración Tributaria”⁵⁸.

⁵⁸ Se afirma que el contribuyente solo siente la cercanía de la Administración cuando se ve sancionado. “Hemos llegado así a una Administración que solo realiza funciones de control y castigo”. Aparte de lo expuesto también se denuncia en esta Declaración un notable alejamiento de las exigencias impuestas por el respeto al principio de prejudicialidad penal.

B. Una quiebra del principio de igualdad⁵⁹: súbditos y no ciudadanos, confusión procedimental y cierta cantonalización tributaria

Este básico principio constitucional exige que ambos sujetos de la obligación tributaria se encuentren en un plano de igualdad, es evidente que se ha producido un tránsito desde la relación tributaria considerada como una relación jurídica de especial sujeción “hasta su configuración como una relación jurídica obligacional con derechos y deberes recíprocos”. Pero para los firmantes de la Declaración se ha producido “una involución. Dicho de una forma clara y terminante: la Administración Tributaria española no contempla a los contribuyentes como ciudadanos sino como súbditos”, y ello es debido a que se ha diluido la figura del contribuyente, pues se ha sustituido por la más imprecisa de “obligado tributario”, con la posibilidad de convertir, por ejemplo, en deudores solidarios del tributo a personas totalmente ajenas al hecho imponible, porque no existe en la inmensa mayoría de los casos un procedimiento administrativo de liquidación, en la medida en que no hay intervención alguna de los órganos de la Administración tributaria; se afirma textualmente: “Estamos muy lejos de los tiempos en los que era la Administración quien formulaba las correspondientes liquidaciones tributarias, sobre la base de los datos aportados por el contribuyente. Nada de ello ocurre hoy, pues sólo es este último quien debe cumplimentar todos los papeles – cada día más- que se le exigen, y el auxilio administrativo sólo aparece cuando se incoa un procedimiento sancionador. Se ha llegado así a la situación paradójica de haberse pervertido radicalmente el principio de colaboración del contribuyente. Como ya hemos dicho, la Administración se limita a comprobar y sancionar”⁶⁰.

No hay una real separación entre los procedimientos de liquidación y el sancionador, porque, por una parte, no hay distinción entre los funcionarios encargados

⁵⁹ Puede consultarse, RODRÍGUEZ BEREIJO, Á., “El juicio constitucional de igualdad tributaria en la experiencia jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010, pp. 253-287.

⁶⁰ Las cosas además han empeorado con la excusa de la digitalización, pues ya ni siquiera algunos Ayuntamientos se toman la molestia de notificar en tiempo y forma el recibo del tributo. Durante la pandemia, por ejemplo, el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria no remitió las cartas de pago del IBI, porque al parecer no había abonado el pago que implica el convenio que mantiene con Correos para las notificaciones. Es sabido que hay una brecha digital, fundamentalmente en muchas personas mayores que tienen dificultades objetivas para acceder a los servicios por la red; pues bien, estas personas, haciendo gala de su buen talante de ciudadanos y contribuyentes estaban preocupadas, y llamaban para que se les enviase las cartas de pago, y la portavoz de un grupo político tuvo que solicitar la ampliación del plazo para que estas personas, que no tenían ni arte ni parte en el desaguado que cometió la Administración, pudieran pagar (*Vid* la noticia, por ejemplo, en *La Vanguardia* de 4 de noviembre de 2020). Este comportamiento demuestra que la Administración, en algunos casos, ni siquiera hace ya lo mínimo. La digitalización en vez de agilizar y facilitar la labor a los sufridos contribuyentes parece que en determinados casos es otro problema más por la falta de sensibilidad democrática y el escaso cumplimiento de los deberes que tienen los agentes administrativos. Sencillamente, como dice la Declaración, el contribuyente es un mero súbdito cuya única función es pagar.

de uno y otro procedimiento y, por otra parte, conforme al artículo 210.2 de la Ley General Tributaria, se incorporan al procedimiento sancionador los datos y pruebas obtenidos en el procedimiento de regularización o de aplicación del tributo.

Hay una infracción al principio de igualdad porque “existe un tratamiento desigual conferido a todos los ciudadanos españoles atendiendo al origen de sus rentas”. Se denuncia, pues, una cierta cantonalización tributaria, “especialmente grave cuando ello afecta a los impuestos que forman parte de la esencia del deber de contribuir. Que ello es así nos lo ha tenido que decir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ante el silencio del Tribunal Constitucional (...)”⁶¹

C. Quiebra de la seguridad jurídica y del principio de solidaridad

El principio de seguridad jurídica es fundamental para todo Estado de Derecho (cfr., art. 9.3 CE); los particulares y los poderes públicos deben saber con claridad a qué atenerse, esto es, lo que pueden o no pueden hacer. Esto es más importante si cabe a la hora de mantener una relación tributaria por las consecuencias graves que tiene tanto para la Administración como para los ciudadanos. Pero también en este extremo las insuficiencias son notables.

La Declaración señala que hay un abandono de conceptos dogmáticos muy relevantes sobre los que se asentó el nacimiento del Derecho Tributario y se han sustituido por otros con perfiles más difusos. Se utilizan conceptos imprecisos como el de obligado tributario, y no el tradicional de sujeto pasivo. Pero es que además la legislación ha producido un “ensanchamiento ilimitado de obligaciones y deberes que se imponen a los ciudadanos cualquiera que sea su relación con el hecho imponible y que nada tiene que ver con el principio de capacidad económica”. Los autores de la Declaración afirman que estos deberes y obligaciones constituyen una “excesiva presión tributaria indirecta”, y suponen una quiebra de la seguridad jurídica para un sector cada vez más amplio de la sociedad española. Esto está conduciendo a la construcción de un ordenamiento pro fisco – interpretado de forma monopolística, además, por la propia Administración (DGT, como ya hemos apuntado)- que “en no pocas ocasiones, nada tiene que ver con el que demanda el interés público. Un interés del que en modo alguno puede apropiarse la Administración, ya que no solo no es

⁶¹ Asevera esta Declaración: “El ciudadano no alcanza a comprender la existencia de tratamientos tan desiguales en el cumplimiento del deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas por razón del territorio dentro de un mismo Estado. Y tampoco nosotros alcanzamos a comprender la ruptura de la unidad de la Hacienda Pública. El Estado debe ejercer de forma activa su competencia exclusiva de armonización y regulación de la Hacienda General (artículo 149.1. 14.ª CE). Una manera de hacerla efectiva puede ser la de fijar en una ley los principios, bases y directrices de las normas legislativas que dicten las Comunidades Autónomas (artículo 150.1 CE); y otra, la de aprobar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas (artículo 150.3 CE)”

su titular, sino que, además, su razón de ser la constituye, al contrario, su sujeción y su servicio a él”.

Además, se ha producido una vulneración del principio de solidaridad, porque las Comunidades Autónomas han “acortado su mirada” y solo piensan en sus residentes a los cuales se dispensa – cuando pueden- un trato de favor, obviando el principio general de capacidad económica. Afirma la Declaración que se “ha empequeñecido la valoración de la capacidad económica, contribuyendo así a acentuar la quiebra del principio de igualdad. Nos parece injustificado el olvido del principio constitucional que exige la coordinación de las Haciendas autonómicas con la Hacienda estatal (ex art. 156 CE), confinado en el desván de lo que pudo y debió ser y no fue”.

La Declaración subraya asimismo la quiebra del principio de justicia financiera, tanto en el ámbito de los ingresos como en el de los gastos; enfatiza el problema de la Deuda soberana, así como en la pérdida de centralidad de la Ley de Presupuesto, en la cual se manifiestan las corruptelas de ofrecer votos por ventajas, convirtiendo, por tanto, “el acto más importante de la vida parlamentaria en una caricatura”, y concluye que la quiebra del principio de legalidad, el olvido de la función de la Ley y del papel de las Cortes Generales en un Estado de Derecho, y el consiguiente deterioro del principio de seguridad jurídica “se han erigido en cauces por los que han fluido, torrenciales, las aguas que se han llevado consigo la igualdad de los españoles ante la Ley fiscal, la aspiración a hacer realidad la solidaridad entre todos los españoles y, en definitiva, la quiebra del principio de justicia financiera”.

Tras este demoledor análisis hecho por los más autorizados especialistas en la materia poco hay que añadir. Hay un deterioro evidente de los principios del Estado de Derecho en materia tributaria, un auténtico atentado a criterios, pautas y valores constitucionales que la “mala administración” tributaria ha hecho saltar por los aires con el afán unilateral e irrespetuoso de recaudar por encima de todo.

6. Los atentados a la independencia judicial: el círculo vicioso de la colonización del gobierno del Poder Judicial

A. Un problema capital para el Estado de Derecho

Sin Poder Judicial independiente no es posible hablar en serio de Estado de Derecho; precisamente la primacía del Derecho debe garantizarla el Poder Judicial, que tiene que actuar de forma independiente. Por ello el ordenamiento jurídico debe establecer las condiciones objetivas para que tal independencia sea una realidad y no una mera proclama retórica que para nada sirve en la práctica. Es claro que siempre

el poder político tiene la tentación de condicionar al poder judicial⁶², y es una labor institucional de primer orden asegurar por todos los medios que esto no se produzca. También es verdad que el poder judicial tiene serios problemas, que como es lógico están fuera de la perspectiva que asumimos en este análisis.

La Constitución de 1978, al igual que sucede con otras Normas Supremas que rigen otros Estados de Derecho, impone la independencia judicial. Desde su mismo Preámbulo se subraya que se persigue “Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”, y luego reserva un Título específico – el Título VI- al Poder Judicial (arts. 117-127) en el que se prevén los elementos esenciales que deben configurar al mencionado poder, y en el que se pueden comprobar distintas disposiciones constitucionales que intentan apuntalar la independencia del Poder Judicial: la justicia, que es un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1. CE), se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados⁶³ integrantes del poder judicial, “independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley” (art. 117.1); dichos Jueces y Magistrados “no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley” (art. 117.2 CE). Una Ley Orgánica específica – la Ley Orgánica del Poder Judicial- determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales (art. 122.1 CE), y además se dice que los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos ni sindicatos (art. 127.1 CE), lo que junto con las incompatibilidades (art. 127.2 CE) contribuye a reforzar la independencia⁶⁴. Por consiguiente, esto significa que los integrantes del Poder Judicial adoptan sus resoluciones (sentencias, autos y providencias) conforme a Derecho, sin que puedan recibir ningún tipo de órdenes, instrucciones, sugerencias o directrices relativas a los hechos sometidos a su juicio, a la norma jurídica que deben aplicar, al sentido que debe otorgarse a dicha norma o a la resolución que deben adoptar⁶⁵. Es una independencia absoluta, “frente a todos” (el art. 13 LOPJ dice: “Todos están

⁶² NIETO GARCÍA, A., en un libro de hace algunos años con título muy elocuente (*El desgobierno judicial*, Ed. Trotta, Madrid, 2004, p 239), lo decía sin circunloquios: “el Poder Judicial no es independiente porque el Poder político le ha privado subrepticamente de su independencia, y así lo ha hecho para impedir que aquél lo controle”.

⁶³ Así con mayúscula, lo que ya apunta su realce en el cometido que se les confiere.

⁶⁴ También tienen limitaciones en el ejercicio de otros derechos fundamentales, como las libertades de expresión, reunión o huelga. En particular, dice la LOPJ (art. 395) que no podrán dirigir críticas, felicitaciones o censuras a los poderes públicos ni pueden concurrir, como tales miembros del Poder Judicial, a reuniones públicas que no tengan carácter judicial y no pueden en las elecciones tomar más parte que la de emitir cuando proceda el voto.

⁶⁵ Vid, entre la mucha bibliografía que se puede aportar sobre este punto, un planteamiento general en GARCÍA MORILLO, J., “Lección 29. El Poder Judicial y el Ministerio Fiscal”, en el volumen colectivo *Derecho Constitucional. Volumen II. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p.221.

obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados”), y por supuesto alcanza a los propios órganos jurisdiccionales, que no pueden impartir instrucciones dirigidas a sus inferiores para la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico (art. 12.3 LOPJ). Solo por los medios que el Derecho procesal permite o habilita pueden formularse los recursos legalmente previstos para corregir los errores o excesos que se pueden detectar en una resolución judicial (art. 12.2 LOPJ). Es más, el Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquellos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial (art. 14.2 LOPJ).

Pero para que todo esto sea una realidad y no unas meras proclamaciones retóricas es preciso que el “gobierno del Poder Judicial” tenga la garantía de poder llevar a cabo su función con independencia. Es aquí donde en verdad se juega su ser o no ser la tan reiterada independencia. Así, es preciso partir del artículo 122 de la Carta Magna, el cual establece que el Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo, y que “La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario”. Pero, al no precisar un extremo importante sobre el nombramiento de vocales, desde hace más de treinta y cinco años la independencia judicial es objeto de polémica e incluso está en entredicho⁶⁶, porque se ha producido una intromisión ilegítima del poder político en el nombramiento de los referidos vocales.

En efecto, el artículo 122. 3 de la Constitución dice textualmente: “El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrado de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión”.⁶⁷

⁶⁶ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., “Sobre el nombramiento del Presidente y de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial. Una reflexión desde el sentido común”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019, pp. 209- 236.

⁶⁷ Se trata, pues, de un órgano colegiado con expresa previsión en la Constitución, lo que garantiza su existencia y las líneas maestras de su configuración; tiene composición heterogénea, pero con predominio de los cargos judiciales, “de todas las categorías”; determinación que se incluyó en el precepto constitucional por una enmienda in voce del Grupo Socialista del Congreso, que según argumentaba tiene como finalidad “evitar la posible inercia (...) de que fueran miembros de los sectores superiores (Magistrados del Tribunal Supremo o Presidentes de las Audiencias)”(Diario de Sesiones del Congreso, núm. 84, p. 3113 (Sr. Peces Barba). Vid. SERRANO ALBERCA, J. M., “Comentario al artículo 122.3”, en el volumen colectivo *Comentarios a la Constitución*, dir por GARRIDO FALLA, F., Civitas, Madrid, 2.ª ed. 1985, p.1778).

Por otra parte, es un órgano que está inspirado en las previsiones que sobre el particular están aprobadas en Italia o Francia.

B. Sucesivas reformas en círculo que no resuelven el problema capital⁶⁸

Es justamente en el desarrollo de esta norma constitucional donde se observan las más graves inconsistencias del sistema adoptado y que sin duda pueden poner en peligro la tan realzada independencia judicial, porque la evolución que se ha seguido en los últimos cuarenta años no se puede decir que haya transitado por un camino hacia la potenciación o robustecimiento real y efectivo de la independencia de Jueces y Magistrados. Así, si la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial (Ley Orgánica 1/ 1980, de 10 de enero) disponía que los doce Vocales de procedencia judicial serán elegidos entre Jueces y Magistrados pertenecientes a todas las categorías judiciales en los términos que establezca la misma Ley, y que la elección se hará por voto personal, igual, directo y secreto (cfr., arts. 8 y 13 de la mencionada Ley Orgánica)⁶⁹, este sistema cambió radicalmente por la posterior Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la cual estableció que todos los Vocales del Consejo deben ser de extracción parlamentaria, con un procedimiento diferenciado para su elección: por un lado, los 12 miembros que deben ser elegidos de entre Jueces y Magistrados; por otro, los 8 miembros elegidos entre abogados y juristas de reconocida competencia (arts. 112-116). Aunque todos por mayoría de tres quintos. Pero debe destacarse que la Constitución, si bien especifica que, para la elección de esos 8 miembros de extracción parlamentaria (abogados y juristas de reconocida competencia), se necesita mayoría de tres quintos, no aclara -porque probablemente partía de la base el legislador constitucional de que era innecesario, ya que la elección no la haría el Parlamento sino los propios Jueces y Magistrados- cuál es la mayoría⁷⁰. El asunto ya presentaba una carga polémica evidente, y por eso llegó hasta el Tribunal Constitucional, el cual en la importante STC 108/1986, de 29 de julio, destacó los peligros que este modelo tenía. Decía textualmente: “Se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar

⁶⁸ Vid. GERPE LANDÍN, M. y CABELLOS ESPIÉRREZ, M. Á., “La reforma permanente: el Consejo General del Poder Judicial a la búsqueda de un modelo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015, pp. 13-44. Es más, se ha afirmado que con cada reforma se ha intentado controlar políticamente más al Consejo GÓMEZ COLOMER, J.L. (2019: 216).

⁶⁹ Hay que advertir, en todo caso, que la constitución del Consejo General del Poder Judicial no fue saludada con entusiasmo por sectores muy señalados de la magistratura; es más, el mismo Tribunal Supremo “percibía confusamente que CGPJ iba a mermar ampliamente las escasas facultades gubernativas que le restaban”. SAINZ DE ROBLES, F. C., (“Poder Judicial y Consejo General del Poder Judicial”, en el vol colectivo, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría IV. Del Poder Judicial. Organización Territorial del Estado*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3000 y 3006 y 3007) afirmó que había una “desconfianza institucional de los restantes poderes e instituciones del Estado. Esta desconfianza se manifestó por tres cauces: conservadurismo de la magistratura, falta de legitimación democrática en cuanto a su origen, y persistencia en el escalafón de una gran mayoría de magistrados y jueces que habían desarrollado su función durante el régimen anterior”.

⁷⁰ Andando el tiempo se ha comprobado que fue un fallo del constituyente, al no especificar más claramente cómo deben nombrarse los miembros que representan a la carrera judicial (art. 122.3 CE).

sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en este, atiendan solo a la división de fuerzas existentes en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de estos. La lógica del estado de partidos empuja hacia actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el poder judicial”. Pero el Alto Tribunal dice más, porque afirma que “La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional, parece aconsejar su sustitución”.

A pesar de que esta advertencia, hecha por el Tribunal con evidente pusilanimidad, resultaba muy clara, los partidos políticos con capacidad para reformar este modelo no han hecho absolutamente nada, sean de uno u otro color político. Es más, lo que han hecho es justamente reformar para articular mejor el control político, pero eso sí con una pátina de neutralidad en extremos menores o secundarios que no afectan al núcleo central del problema. Así, la Ley Orgánica 2/ 2001, de 28 de junio, sobre composición del Consejo General del Poder judicial⁷¹, incorporó algunas modificaciones, pero no alteró lo sustancial y determinante, porque mantuvo la fórmula de nombramiento de todos los vocales por las Cortes Generales. Solo se apuntó con relación a los Vocales de procedencia judicial que serían elegidos por las referidas Cortes entre treinta y seis candidatos propuestos por la Judicatura a través de dos vías: las asociaciones judiciales y los jueces no afiliados.

Unos años más tarde se aprobó la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, que, a pesar de los propósitos anunciados por el Ministro del ramo, mantuvo al final – como se hizo en 2001- el nombramiento de todos los Vocales por las Cortes Generales (diez por el Congreso de los Diputados y los otros diez por el Senado) por una mayoría de tres quintos. Esta Ley introduce un conjunto de modificaciones de poco fuste, como señalar aspectos de la actividad internacional, la potestad reglamentaria, destacar que los Vocales deben designarse con arreglo a los principios de mérito y capacidad o limitar el cargo de Vocal con exclusividad a los miembros de la Comisión Permanente, y otros aspectos periféricos. Pero lo fundamental no se altera, y el problema de bloqueo en la designación por no llegar a un acuerdo en las Cortes no se resuelve, como se ha comprobado claramente con posterioridad.

⁷¹ El título completo de la Ley era: Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio, sobre composición del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Más recientemente, la Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la LOPJ incorporó ciertas reformas en materia de transparencia, definió aspectos para garantizar los principios de mérito y capacidad para los ascensos, pero en todo lo demás se mantuvo el modelo⁷².

El problema sigue incólume, e incluso se ha agravado con las últimas tendencias⁷³. Ciertamente, ha habido algún intento de modificación sustancial de estas designaciones; así puede destacarse la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el refuerzo de la independencia judicial⁷⁴, que proponía la reforma de la elección de los vocales para que los doce de procedencia judicial sean elegidos directamente por los Jueces y Magistrados, pero esta proposición no prosperó al final.

C. Las alarmas sobre el Estado de Derecho expresadas por las propias asociaciones judiciales

La cuestión ha adquirido mayor dramatismo porque hay un bloqueo objetivo para la renovación del órgano de gobierno de los jueces con un tráfico bastante impúdico de nombres, propuestas y contrapropuestas, todas ellas imbuidas de criterios ideológicos, tratando de incorporar a los del propio partido y aledaños y, por supuesto, sin valorar demasiado lo profesional, es decir, lo que es el mérito, la capacidad o la experiencia acreditada. Es más, se ha aprobado una Ley, llamada por los propios Jueces “ley de apagón o desapoderamiento”⁷⁵, que ya opta pura y simplemente por limitar las decisiones adoptadas por el Consejo en funciones. Según el *Preámbulo* de

⁷² Puede consultarse, entre otros, CABELLOS ESPIÉRREZ, M. Á., “La reforma inacabada: el Consejo General del Poder Judicial ante su enésima reformulación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 118, 2020, pp. 12-44.

⁷³ Es evidente que la resistencia a perder el control de los nombramientos por los partidos políticos es la que produce en muchas ocasiones el bloqueo, y por la que pugnan dichos partidos. Por eso es una materia -la de los requisitos para ser nombrado-, que hay que regular mejor, evitando el exceso de discrecionalidad en el Consejo General del Poder Judicial. En la medida en que se hacen más objetivos los nombramientos (y aquí es donde hay que profundizar para prever requisitos y condiciones objetivables) pierde sentido la lucha por controlar algo que ya sale fuera de tejamanes más o menos evidentes (Puede consultarse, SARMIENTO ACOSTA, M.J., “Avance en el control de la discrecionalidad y la motivación de los actos y acuerdos administrativos: sobre los nombramientos del Consejo General del Poder Judicial”, *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 41, 2011, pp. 661-704).

Por otra parte, otra fórmula para cubrir los puestos de vocales podría ser el sorteo puro y simple, con el establecimiento de ciertos requisitos previos (*vid.*, sobre esto último, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Un Consejo General del Poder Judicial razonablemente independiente”, *El Imparcial*, de 15 de octubre de 2020)

⁷⁴ *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados núm. 59-1, de 28 de febrero de 2020. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos.

⁷⁵ *Vid.* la elocuente Carta que diferentes asociaciones de jueces y magistrados han remitido a la Vicepresidencia de la Unión Europea para Valores y Transparencia (Mrs. Vera Jerová) y al Comisario de Justicia (Mr Didier Reynders).

la Ley Orgánica 4/ 2021, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial, “facultades como las de proponer el nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo, de los Presidentes de las Audiencias, de los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional, de los Presidentes de Sala y los Magistrados del Tribunal Supremo o de los Magistrados del Tribunal Constitucional, deben quedar excluidas del ámbito competencial del Consejo cuando se encuentra en funciones”. Como es lógico, esto supone un bloqueo muy pernicioso para el normal funcionamiento de la Administración de Justicia; piénsese en las múltiples jubilaciones, muertes, agotamiento de los mandatos de los Presidentes de esos órganos judiciales, etc., que se producen habitualmente y que necesitan ser cubiertos para que el servicio pueda seguir funcionando con normalidad. Con esta previsión quedan truncados sin posibilidad de remisión. Por ello la Exposición de situación de riesgo de violación grave del Estado de Derecho en España, elevada a la Comisión Europea por las Asociaciones Judiciales Profesional de la Magistratura, Judicial Francisco de Vitoria y el Foro Judicial Independiente, de 6 de abril de 2021, constituye un aviso muy importante por la cualificación y el número de jueces y magistrados que la avalan. En esta Exposición se dicen cosas tan graves como éstas:

Se solicita la adopción de medidas y recomendaciones, la valoración del Reglamento 2020/2092 y, en su caso, inicio de procedimiento del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea de constatación de riesgo claro de violación del Estado de Derecho en España.

Se denuncia la deriva legislativa que por reformas de la LOPJ se está produciendo; en particular, por la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, que entró en vigor el 31 de marzo de 2021, y que suprime – cuando el Consejo está en funciones y no se haya podido renovar- su función más importante, que es la de nombrar a los altos cargos judiciales y otras facultades esenciales, como la legitimación para promover conflictos de competencias entre órganos constitucionales, con reducción del papel del Consejo General del Poder judicial a tareas meramente burocráticas. Se dice en la Exposición que “Estamos ante una “ley de apagón o desapoderamiento del CGPJ”, ya que esta limitación persistirá hasta que se elija al nuevo CGPJ, acen- tuando la dependencia política del órgano de gobierno de los jueces respecto de las Cámaras que lo nombraron”.

También se denuncia la supuesta reforma que se pretende promover, y que consiste en “reducir las mayorías necesarias para la elección de los vocales de procedencia judicial, que pasa de 3/5 a ser la misma que para formar Gobierno. La reforma supone – dicen- eliminar la única garantía del deficiente sistema español de elección de vocales judiciales del CGPJ. Esta propuesta, ha sido rechazada duramente por los

operadores jurídicos (especialmente, casi todas las asociaciones judiciales), la prensa y por el propio CGPJ. La Comisión Europea expresó su oposición por ser contraria a las recomendaciones de la UE. La proposición está paralizada, si bien sus promotores han manifestado públicamente que continuaran adelante si el CGPJ no se renueva”.

Se dice que las Asociaciones Judiciales “venimos reclamando desde hace años que los 12 vocales judiciales del CGPJ sean elegidos directamente por la carrera judicial, siguiendo estándares del Consejo de Europa”, y que “Entendemos que las anteriores iniciativas agravan la intromisión política en el poder judicial que se está produciendo en España, lo que compromete los valores que consagran los arts. 2 y 49 del Tratado de la UE en cuanto proclama la obligación de todos los Estados de preservar el Estado de Derecho”.

Está en juego “la separación de poderes y la independencia judicial, que es el apoyo del Estado de Derecho, como garantía de respeto de los derechos humanos, inseparable de los valores de dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, que son fundamentos de nuestra Unión Europea (art. 2 del Tratado de la Unión Europea); y como parte de nuestro patrimonio espiritual y moral de la Unión Europea, fundada sobre dichos valores indivisibles y basada en los principios de la democracia y del Estado de Derecho (Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea)”⁷⁶.

El diagnóstico y el pronóstico que se manifiestan en esta exposición son de una gravedad máxima. No se trata de un ensayo de un profesor o de un periodista más o menos crítico, o de una posición de una Asociación. Es un documento que lo apoyan tres de las más importantes Asociaciones Judiciales, con sensibilidades, como es obvio, distintas⁷⁷, las cuales solicitan: 1) que se tome conocimiento del escrito y, por

⁷⁶ Véase KRZYWON, A. (2020: 105-106). Hay que advertir, además, que ya el TJUE dispone de unos criterios para evaluar las características que los Consejos del Poder Judicial (en aquellos Estados donde existan) deben respetar.

⁷⁷ Por otra parte, la Cuarta ronda de evaluación del GRECO (Grupo de Estados Contra la corrupción, Consejo de Europa), constató que en España no se ha cumplido con la recomendación V. Lo dice textualmente así: “el GRECO solo puede recordar su opinión de que la creación de Consejos del Poder Judicial tiene por objeto, en general, garantizar mejor la independencia del Poder Judicial, en apariencia y en la práctica. Lamentablemente, el resultado en España sigue siendo el contrario, como ya se destacó en el informe de evaluación de la cuarta ronda y se ha visto confirmado por los recientes acontecimientos en el país. Esto no quiere decir que se ponga en tela de juicio la independencia de los jueces (...)”. Sigue diciendo en el punto 34: “En el momento de la visita de evaluación, en 2013, el GRECO destacó que cuando las estructuras de gobierno del Poder Judicial no se perciben como imparciales e independientes, esto tiene un impacto inmediato y negativo en la prevención de la corrupción y en la confianza del público en la equidad y eficacia del sistema jurídico del país. Seis años después, la situación es la misma y, por tanto, la recomendación V no se puede considerar cumplida. El GRECO reitera su opinión de que las autoridades políticas no deben participar, en ningún momento, en el proceso de selección del turno judicial”. (Cuarta ronda de evaluación Prevención de la corrupción respecto de miembros de Parlamentos nacionales, jueces y fiscales. Segundo informe intermedio de cumplimiento. España, aprobado por el GRECO en su 83.ª sesión plenaria; Estrasburgo, 17-21 de junio de 2019). La claridad es total: son los jueces y magistrados los que deben

tanto, del desapoderamiento del CGPJ y su colonización⁷⁸ por los partidos políticos, 2) que la Comisión Europea inste al Gobierno de España para que aborde las reformas legislativas que resulten compatibles con las garantías que demanda el artículo 49 del TUE, en los términos en los que lo viene interpretando el TJUE, 3) que se valore la procedencia de la aplicación del Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020, sobre el régimen de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, y 4) que, en última instancia y de no subsanarse la situación denunciada, inicie el procedimiento previsto en el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea, de constatación de riesgo claro de violación grave por parte del Reino de España, como Estado miembro, de los valores contemplados en el artículo 2 y del Estado de Derecho.

D. El toque de atención sobre la Fiscalía General del Estado del Informe sobre el Estado de Derecho 2020

Pero los atentados al Poder Judicial no acaban con lo expuesto, ya de por sí muy preocupantes, sino que también, desde las instituciones de la Unión Europea, se denuncia la politización de instituciones como la Fiscalía General del Estado. En el Informe sobre el Estado de Derecho en 2020. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España (Bruselas, 30.9.2020) se destaca que el sistema de nombramiento y los años de mandato del Fiscal General “ha sido objeto de crítica, entre otras razones porque la coincidencia en el mandato puede afectar a la percepción de independencia. El Consejo de Europa ha subrayado que es crucial para la confianza pública que la incoación de una acción judicial sea, y parezca, imparcial, objetiva y exenta de toda influencia indebida, en especial de naturaleza política. Aunque reconoce que esta cuestión ha sido abordada debidamente, ha instado a las autoridades a adoptar mejoras más fundamentadas para dotar de mayor autonomía al Ministerio Fiscal, en particular, en lo que se refiere a la transparencia de la comunicación con el Gobierno (...)”. Se dice además en este informe que, aunque la Ley determina que toda comunicación del Gobierno con el Ministerio Fiscal se “hará por conducto del Ministro de Justicia a través del Fiscal General del Estado, no se exige que estas comunicaciones se hagan públicas ni prevé la obligación de registrarlas por escrito. El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) también se ha referido a esta

elegir a sus vocales, porque “en ningún momento”, las autoridades políticas pueden participar en el proceso de selección. La LOPJ haciendo una interpretación del artículo 122.3 CE sesgada, probablemente contraria al espíritu del constituyente y, como se constata, errónea, estropeó para varias décadas este elemental criterio para salvaguardar la independencia en el gobierno de los jueces. El Tribunal Constitucional, por su parte, lo detectó, pero prefirió adoptar una actitud pusilánime, probablemente para evitar problemas en el contexto político de la época en la que se decían frases tan pintorescas como aquella de que “Montesquieu ha muerto”.

⁷⁸ Es la palabra que utilizan.

cuestión como motivo de preocupación (...). Se subraya, pues, la importancia de garantizar la publicidad “para disipar cualquier posible impresión de interferencia política del Gobierno en la Fiscalía y reforzar la confianza pública en la justicia penal”.

Las advertencias de este informe son de bajo vuelo, sin duda, porque no afrontan el problema mayor acerca del vínculo con el Gobierno. No obstante, señala dos aspectos (coincidencia del mandato y transparencia en las comunicaciones) que ayudan a mejorar su funcionamiento.

7. La relegación y el cuestionamiento de los criterios meritocráticos: ideología versus profesionalización

A. La perversión de los principios de mérito y capacidad

Una de las notas definitorias para el ingreso en la función pública es la de asegurar que el mérito y la capacidad constituyan los criterios esenciales para el acceso y la promoción, lo que garantiza la igualdad de oportunidades, la seriedad en los procedimientos y, en último término, beneficia a la propia sociedad, que ganará con unos servidores públicos capaces y eficaces en el cumplimiento de sus funciones o cometidos públicos. El empleo público tiene su razón de ser en servir con objetividad a los intereses generales. La Constitución de 1978, al igual que sucede con otras anteriores (la de 1876, art. 15, por ejemplo⁷⁹), o con otras de Estados de la misma órbita (Ley Fundamental de Bonn, art.33) señala específicamente el mérito y la capacidad como requisitos⁸⁰ para su acceso; sin embargo, es lo cierto que esto no es siempre así. En el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto del Empleado Público⁸¹ se afirma que junto a procedimientos de selección de empleados públicos respetuosos con los principios constitucionales mencionados hay otros en los que hay interferencias clientelares o favoritismos de distinto alcance, lo que supone una vulneración del derecho fundamental de acceder en condiciones de igualdad a

⁷⁹ Como nos recuerda PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, 4.ª ed. 1997, p. 101, en las Constituciones se hace siempre referencia a los principios de mérito y capacidad; incluso en el ámbito internacional. Sirva de ejemplo la célebre Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, la cual en su artículo 6 dice que “La ley es expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que las de sus virtudes y la de sus talentos”.

⁸⁰ Ciertamente, con un acalorado debate en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados; la enmienda in voce fue defendida por los Diputados de UCD (CISNEROS y MEILÁN GIL). FRAGA IRIBARNE de AP destacó que “son ideas indiscutibles... que deberían estar escritas con letras de oro en todas las partes que regulan la vida social” (Diario de Sesiones del Congreso, de 6 de junio de 1978, pp.2960 y ss.); sin embargo, el Grupo Socialista se abstuvo. GARRIDO FALLA, F. (1985:1438).

⁸¹ Madrid, 2005, p.89.

los empleos públicos (arts. 23.2 y 14 CE) y también una conculcación de los principios en que se fundamenta el Estado de Derecho. Hay autores que llegan a afirmar que en la situación actual se pueden destacar dos fenómenos: primero, el desmantelamiento de la función pública tradicional (funcionarismo, acceso por oposición, inamovilidad, carrera, régimen estatutario y vertebración por cuerpos) y, en segundo lugar, una ausencia de una política específica de recambio, sustituida por meras reacciones coyunturales inspiradas por una politización rigurosa⁸².

Hay un falseamiento del modelo que predica la igualdad, el mérito y la capacidad y, por tanto, como se ha advertido, una perversión de lo que es el Estado de Derecho; las vulneraciones de dichos principios son múltiples y están con alarmante reiteración consignadas en los Informes del Defensor del Pueblo, por ejemplo. Se observa falta de rigor en el proceso selectivo por la carencia de especialización técnica y de imparcialidad del órgano de selección o porque el proceso se diseña a la medida de determinados candidatos o colectivos, insuficiente publicidad⁸³ y la falta de garantías para la igualdad, la no inclusión de puestos de trabajo en la Oferta de Empleo Público⁸⁴, la utilización abusiva de la contratación laboral para eludir la tramitación de procesos selectivos del personal funcionario, el incumplimiento de la normativa de los límites temporales en la contratación de personal laboral temporal, que da lugar a la figura del personal laboral indefinido, los procesos de funcionarización donde se relajan y rebajan las exigencias de pruebas de conocimiento y se sobrevaloran los servicios prestados⁸⁵ (cfr., por ejemplo, STC 67/1989, de 18 de abril; STC 27/2012, de 1 de marzo⁸⁶), la huida del Derecho Administrativo mediante la creación de entes

⁸² NIETO GARCÍA, A., *El desgobierno de lo público*, Ariel, Barcelona, 1.ª ed. 2008, pp. 183-184.

⁸³ Por ejemplo, la STS de 21 de diciembre de 2011 declaró la nulidad de un procedimiento de selección para el acceso al cuerpo de ayudantes de instituciones penitenciarias porque el Tribunal calificador estableció con posterioridad a la fecha de celebración del segundo ejercicio la nota de corte del primer ejercicio, así como las ponderaciones.

⁸⁴ STS de 29 de octubre de 2010: no hay mayor negación del derecho consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución que la negación de procesos públicos de selección legalmente establecidos; vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., "Informe jurídico sobre el deber de las administraciones públicas de incluir en la oferta pública de empleo las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección", *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, pp. 379- 395.

⁸⁵ Que es lo que ha sucedido recientemente con la aprobación del Real Decreto- Ley 14/ 2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, el cual establece procesos de estabilización de empleo temporal, y opta por el sistema de selección de concurso-oposición, "con una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate en el marco de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1, c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público" (art. 2). Lo que también se aplica para la Administración Local (disposición adicional primera).

⁸⁶ Se refería a la desproporción en la valoración de la experiencia profesional como mérito en la fase de concurso. Véase también, STC 38/2021, de 18 de febrero, que impide unas oposiciones restringidas.

instrumentales, cuyo personal es laboral y para cuya selección no se exigen los rigores de los funcionarios, la contratación de personal eventual fuera de los supuestos legalmente previstos, la celebración de contratos administrativos que encubren relaciones laborales o que tienen por objeto funciones reservadas al personal eventual, etc.⁸⁷ Es tal la magnitud del problema que el Informe de la Comisión de Expertos subrayó que esta dinámica “está poniendo seriamente en cuestión todo el sistema constitucional de garantías relativo al acceso al empleo público”, con la consolidación subjetiva o particular de empleados públicos integrados en la Administración Pública de forma permanente a través de procedimientos excepcionales y escasamente competitivos, y en detrimento de otros tal vez más capacitados⁸⁸.

B. El problema de la aplicación de la discrecionalidad técnica: ciertos avances en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸⁹

Esta situación, ya de por sí muy preocupante, se agrava por la actitud más bien cómoda que tienen tradicionalmente los órganos jurisdiccionales a la hora de enjuiciar las infracciones que se producen en los procedimientos selectivos, que se ampara en la teoría de la discrecionalidad técnica, y que supone de facto la renuncia a controlar de verdad el fondo del asunto. Es cierto que se ha avanzado algo en el control, pero todavía las insuficiencias de este control son muy notorias y generan situaciones de injusticia que comportan una vulneración de los principios consagrados en la Constitución. De hecho, ya hay autores que consideran que los principios de mérito y capacidad están en crisis, porque en muchísimos casos las autoridades se nutren de personal con criterios de amistad o de cercanía política⁹⁰. Incluso ya sin ningún rubor se habilitan procedimientos selectivos especiales, pensados para hacer fijos a personas que entraron como temporales, relegando por tanto el rigor que imponen los principios de mérito y capacidad previstos en la Constitución (art. 103.3), lo que, además, se pretende presentar a la sociedad como una solución justa, para no eternizar a las personas en esta situación de provisionalidad. El caso del Real Decreto- Ley 14/ 2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad es un buen ejemplo de lo que se afirma, porque se establece como sistema el concurso- oposición, y no la oposición, y además se confiere un peso muy relevante a la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente (nada menos que un 40% de la puntuación total).

⁸⁷ Vid. FERNÁNDEZ DELPUECH, L., *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, BOE, Madrid, 2015, pp.26 y ss.

⁸⁸ Vid. Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, Madrid, 2005, p. 90.

⁸⁹ Vid. SARMIENTO ACOSTA, M. J. (2011: 661 y ss.).

⁹⁰ Vid. FERNÁNDEZ DELPUECH, L. (2015:28).

La mal llamada discrecionalidad técnica hace referencia a un ámbito en el cual la Administración plantea y resuelve un asunto usando conceptos técnicos, supuestamente asepticos y neutrales, y comporta que los entes y órganos administrativos, debido a sus condiciones y características específicas del área o sector sobre el que deciden, disponen de un ámbito propio e inmune al control jurisdiccional. Esto se puede comprobar desde hace décadas en el control que se ha pretendido arbitrar sobre los concursos de méritos, oposiciones y exámenes, cuya falta de control judicial se ha pretendido blindar y garantizar sobre la base de este concepto confuso, inconsistente y mal planteado. Confuso, porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo acoge sin mayores matices para ámbitos tan dispares como el del planeamiento urbanístico o la fiscalización de concursos y oposiciones, lo cual revela un deficiente entendimiento de esta categoría; inconsistente, tanto en el terreno intelectual como en el estrictamente técnico-jurídico, ya que los términos “discrecionalidad” y “técnica”, en rigor, se repelen. De suerte que la discrecionalidad técnica se revela como un sofisma, como una trampa del lenguaje, que se utiliza además para dar cobertura a decisiones que pretenden imponerse sin el efectivo control judicial; y además es una categoría mal planteada por la jurisprudencia por su misma confusión. Ello se detecta, en primer lugar, en la disparidad de criterios que respecto de esta categoría ofrece el análisis de la jurisprudencia⁹¹ y, en segundo término, y vinculado estrechamente con lo anterior, en que en algunos casos se plantea desde un enfoque severamente autorrestrictivo, mientras que en otros se aplica desde otro ángulo mucho más abierto. Así que con la invocación de la discrecionalidad técnica se trata de otorgar un valor “soberano” a decisiones puramente administrativas, lo que contraviene la Constitución (cfr., arts. 24, 103.1 y 106); se intenta reducir la jurisdicción contencioso-administrativa a su tradicional faceta de jurisdicción revisora, y no a la que, de acuerdo con la Carta Magna, comprende la verdadera tutela y garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos, lo que no es coherente con el cambio que ha experimentado este orden jurisdiccional ni con la LJCA de 1998 y, por último, se trata de negar el uso de la prueba pericial con el peregrino argumento de que los Tribunales no pueden sustituir el criterio de los órganos (tribunales o comisiones) de selección o verificación de méritos. Todo ello armado con un conjunto de dogmas y tópicos en los que no podemos entrar ahora (bases de la convocatoria como “ley” del concurso o la oposición, soberanía de la comisión juzgadora, etc.)⁹², pero que demuestra que este tipo de discrecionalidad se ha erigido en otro de los flancos por los que se puede atacar la esencia del Estado de Derecho.

⁹¹ En el que no podemos entrar; *vid.* SARMIENTO ACOSTA, M. J., *En los límites del Estado de Derecho: un análisis de la justicia administrativa*, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2013, pp. 144 y ss.

⁹² Todo ello lo he desarrollado en mi libro, ya citado (2013:147-158).

Hay que mencionar, no obstante, cierto avance en alguna jurisprudencia; las SSTs de 29 de mayo de 2006, 27 de noviembre de 2007 y 23 de noviembre de 2009, dictadas en relación a nombramientos efectuados por el Consejo General del Poder Judicial suponen un hito, un “leading case”, al igual que la doctrina que ha emanado el Alto Tribunal sobre la fiscalización de la discrecionalidad urbanística, porque reflejan un enfoque verdaderamente novedoso, y que parte de los principios, valores y normas constitucionales, y no de los manidos tópicos y dogmas en los que solía escudarse la jurisprudencia. En estas resoluciones se afirma, por ejemplo, que no es posible concebir como motivación juicios de valor sin apoyo en datos concretos del expediente, que es necesario explicar la significativa relevancia que se ha otorgado a los méritos jurisdiccionales, que es necesario expresar las fuentes de conocimiento que se hayan manejado para indagar cuáles podían ser esos méritos, que el criterio de selección de esas fuentes ha observado el principio constitucional de igualdad, y la de precisar las concretas circunstancias consideradas en las personas nombradas para individualizar en ellas el superior nivel de mérito y capacidad, etc. Se obliga, pues, a una motivación material⁹³. Es la única vía para reconducir la situación y cumplir con las prescripciones constitucionales, que, además, contribuyen a consagrar la igualdad de todos aquellos que legítimamente aspiren a un empleo público. Es, en fin, una forma de asegurar el Estado de Derecho en este importante ámbito.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El Estado de Derecho comporta la sujeción al ordenamiento jurídico, la división de poderes, el reconocimiento y garantía de derechos fundamentales y libertades públicas, y el control efectivo de la Administración Pública. Constituye una gran conquista, pero sería un error considerar que es un logro permanente e inmutable y que no tiene enemigos ni vuelta atrás. Los cambios permanentes y la propia naturaleza del poder plantean nuevos desafíos para su plasmación, y se ha observado que las dificultades para tal plasmación no son solo nacionales, sino internacionales. Se comprueba cómo países de la propia Unión Europea vulneran principios del Derecho de la Unión en un aspecto tan importante como la independencia del gobierno de los jueces. Todo esto implica que los logros conseguidos pueden desvirtuarse si no se tienen en cuenta las evidencias que suministra una realidad política y administrativa muy cambiante, extraordinariamente compleja y con un potencial de confusión muy relevante debido a la propia rapidez de los constantes cambios. Esta dinámica tiene

⁹³ Vid. FERNÁNDEZ, T. R., “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”, *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015, pp. 211- 227. También, SÁNCHEZ MORÓN, M., “Sobre la discrecionalidad técnica y la sana crítica (Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 7.ª, de 16 de diciembre de 2014, dictada en recurso de casación 3157/2013)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, pp. 209- 222.

un punto de inflexión muy significativo con la pandemia mundial del COVID-19, que ha obligado a la aprobación de un Derecho de excepción para afrontar el problema y frenar el elevado número de contagios, aplicación de un Derecho que genera, no obstante, muchas incógnitas y peligros, porque puede echar por tierra determinadas conquistas en el ejercicio de los derechos y libertades cuando las restricciones o suspensiones no se articulan con arreglo al principio de proporcionalidad.

Pero con independencia de la citada pandemia, es lo cierto que se observan derivas muy peligrosas para el Estado de Derecho que reclaman una seria reflexión y también una rectificación o revisión. El uso del voto como mecanismo taumatúrgico que lo subsana todo, al margen del Derecho vigente, como se ha visto en el proceso secesionista catalán, la vulneración de derechos constitucionales como la inviolabilidad de domicilio o la propiedad privada – en particular, debido al abuso de la expropiación urgente-, los excesos y abusos de la Administración tributaria, puestos de manifiesto por la Declaración de Granada (2018), firmada por los más autorizados expertos de la materia, la colonización política del órgano de gobierno del Poder Judicial, achacable además a partidos de distinto signo, y que ha sido denunciada por las más relevantes Asociaciones Judiciales ante la Unión Europea, o el uso del empleo público con fines espurios y sin tener en cuenta los elementales principios de mérito y capacidad, constituyen ejemplos sangrantes de esta deriva. Ejemplos sangrantes porque afectan al corazón mismo del Estado y repercuten negativamente en la esfera de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Es cierto que todo no es negro, y hay avances, pero no son suficientes para conjurar peligros que han adquirido unas dimensiones muy preocupantes. Urge un replanteamiento en el cual la revisión del Texto Constitucional no es una cuestión despreciable. Hemos visto que la Norma Suprema debe adaptarse a las nuevas realidades que, como es obvio, son ya distintas a las de 1978, y que cuestiones como la forma de elegir al órgano de gobierno de poder judicial o el aseguramiento de la neutralidad administrativa con una selección de personal alejada de criterios políticos o nepotistas, por poner solo algunos ejemplos, exigen un replanteamiento para revitalizar al Estado de Derecho. La experiencia (buena y mala) acumulada, el Derecho de la Unión Europea, y los cambios experimentados en esta primera parte del siglo XXI obligan a una revisión muy seria de muchos aspectos precisamente para asegurar la propia existencia del Estado de Derecho.

V. BIBLIOGRAFÍA:

- AA.VV. *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del empleado público*, Madrid, 2005
- AA.VV, “Declaración de Granada”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 179, 2018
- ARAGÓN REYES, M., “Reforma constitucional”, *Enciclopedia Jurídica Básica IV*, Civitas, Madrid, 1.ªed. 1995
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M, “La defensa de la Constitución frente al secesionismo. Crónica política y administrativa del año 2017”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, 2018
- BALAGUER CALLEJÓN, F., “Crisis sanitaria y Derecho Constitucional en el contexto global”, UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020
- BAÑO LEÓN, J. M.ª, “Aproximación al régimen jurídico de las expropiaciones forzosas en Francia, Italia y Alemania”, *Documentación Administrativa*, núm. 22, 1990
- BAYONA, A., *No todo vale. La mirada de un jurista a las entrañas del procés*, Península, Barcelona, 2019
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M. Á., “La reforma inacabada: el Consejo General del Poder Judicial ante su enésima reformulación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 118, 2020
- CHAVES GARCÍA, J. R., “La temible expropiación por urgencia”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: revista técnica especializada en Administración local y justicia municipal*, núm. 6, 2019
- CRUZ VILLALÓN, P., “El nuevo derecho de excepción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981
- DE MIGUEL BÁRCENA, J., “El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 113, 2018
- DÍAZ, E., “Estado de Derecho y democracia”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 19-20, 2001-2002
- FERNÁNDEZ DELPUECH, L., *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, BOE, Madrid, 2015
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”, *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015

- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Los fundamentos constitucionales del Estado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 52, 1998
- GARCÍA MORILLO, J., “Lección 29. El Poder Judicial y el Ministerio Fiscal”, *Derecho Constitucional. Volumen II. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997
- GARCÍA Pelayo, M., “La división de poderes y su control jurisdiccional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 18-19, 1983
- GARCÍA TORRES, J., “Derecho a la inviolabilidad de domicilio”, *Enciclopedia Jurídica Básica. Vol. II*, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1995
- GARRIDO FALLA, F., “Comentario al art. 103.3”, *Comentarios a la Constitución*, dir por GARRIDO FALLA, F., Civitas, Madrid, 2.ª ed. 1985
- GARRIDO LÓPEZ, C., “La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación- suspensión de derechos”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020
- GERPE LANDÍN, M., y CABELLOS ESPIÉRREZ, M. Á., “La reforma permanente: el Consejo General del Poder Judicial a la búsqueda de un modelo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015
- GÓMEZ COLOMER, J. L., “Sobre el nombramiento del Presidente y de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial. Una reflexión desde el sentido común”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019
- HAURIUO, M., *Précis de Droit Constitutionnel*, Sirey, París, 1923
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980
- LUCAS VERDÚ, P., *Curso de Derecho político Vol.II*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986
- KRZYWON, A., “La defensa y desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020
- MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. L., “Una prórroga de estado de alarma con visos de inconstitucionalidad”, *El Imparcial*, de 30 de octubre de 2020

- MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. L., “Un Consejo General del Poder Judicial razonablemente independiente”, *El Imparcial*, de 15 de octubre de 2020
- MUÑOZ MACHADO, S., *Vieja y nueva Constitución*, Crítica, Barcelona, 1.^a ed. 2016
- NIETO GARCÍA, A., *El desgobierno judicial*, Ed. Trotta, Madrid, 2004
- NIETO GARCÍA, A., *El desgobierno de lo público*, Ariel, Barcelona, 1.^a ed. 2008
- PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, 4.^a ed. 1997
- PARDO FALCÓN, J., “Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992
- PÉREZ ROYO, J., “Estado de Derecho”, *Enciclopedia Jurídica Básica II*, Civitas, Madrid, 1.^a ed. 1995
- PÉREZ ROYO, J., “Una asignatura pendiente: la reforma de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003
- PÉREZ ROYO, J., “Inviolabilidad de domicilio en tiempos de pandemia”, *Diario.es*, de 30 de marzo de 2021
- RECUERDA GIRELA, M. Á., “Una alarma muy preocupante”, *La Razón*, de 29 de octubre de 2020
- RODRÍGUEZ BEREIJO, Á., “El juicio constitucional de igualdad tributaria en la experiencia jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010
- RUIZ ROBLEDO, A., “El estado de alarma: donde quiere el gobernante”, *El País*, de 6 de noviembre de 2020
- SAINZ DE ROBLES, F. C., “Poder Judicial y Consejo General del Poder Judicial”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría IV. Del Poder Judicial. Organización territorial del Estado*, Civitas, Madrid, 1991
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “Informe jurídico sobre el deber de las administraciones públicas de incluir en la oferta de empleo las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección”, *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “Sobre la discrecionalidad técnica y la sana crítica (Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del

Tribunal Supremo, Sección 7.^a, de 16 de diciembre de 2014 dictada en recurso de casación 3157/2013”, *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015.

- SARMIENTO ACOSTA, M. J., “Avance en el control de la discrecionalidad y la motivación de los actos y acuerdos administrativos: sobre los nombramientos del Consejo General del Poder Judicial”, *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 41, 2011

- SARMIENTO ACOSTA, M. J., *En los límites del Estado de Derecho: un análisis de la justicia administrativa*, Andavira, Santiago de Compostela, 2013

- SATRÚSTEGUI, M., “Lección 22. La elección de las Cortes Generales”, *Derecho Constitucional Volumen II. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

- SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982

- SERRANO ALBERCA, J. M., “Comentarios al art. 122.3”, *Comentarios a la Constitución*, dir por GARRIDO FALLA, F., Civitas, Madrid, 2.^a ed. 1985

- SOSA WAGNER, F., y FUERTES, M., “Alarma: otra chapuza más”, *El Mundo*, de 28 de octubre de 2020

- TAJADURA TEJADA, J., “El problema de la reforma”, *El País*, de 9 de diciembre de 2017

- TAJADURA TEJADA, J., “Inviolabilidad de domicilio y covid-19”, *El País*, de 30 de marzo de 2021

- WEBER, A., “El principio de Estado de Derecho como principio constitucional común europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AP.....	Alianza Popular
ATC.....	Auto del Tribunal Constitucional
BOE.....	Boletín Oficial del Estado
CE.....	Constitución Española de 1978
CGPJ.....	Consejo General del Poder Judicial
DGT.....	Dirección General de Tributos
FJ.....	Fundamento Jurídico
GRECO.....	Grupo de Estados contra la Corrupción
IBI.....	Impuesto de Bienes Inmuebles
LEF.....	Ley de Expropiación Forzosa
LJCA.....	Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa
LOAES.....	Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio
LOPJ.....	Ley Orgánica del Poder Judicial
RDL.....	Real Decreto-Ley
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE.....	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE.....	Tratado de la Unión Europea
UCD.....	Unión de Centro Democrático
UE.....	Unión Europea
UNED.....	Universidad Nacional de Educación a Distancia

**La forma de gestión de los servicios
públicos locales más eficiente**

**The most effective form of management
of local public services**

María Soledad Soriano Amores

Doctora en Derecho Administrativo

Universidad de Granada

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA: FUNDAMENTOS Y EFECTOS EN LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. 1. La eficiencia como principio constitucional. 2. La eficiencia como límite a la discrecionalidad organizatoria. II. LA EXIGENCIA DE LA FORMA DE GESTIÓN (DIRECTA O INDIRECTA) MÁS EFICIENTE. 1. La elección de la forma de gestión como actuación diferenciada. 2. Exigencias de motivación para dirimir entre gestión directa o indirecta: elementos fundamentales. III. CONCLUSIONES

RESUMEN: Con motivo de la anterior crisis económica, en España se modificaron distintas normas administrativas que afectaron a la forma de ejercer buena parte de las potestades públicas, en particular la potestad organizatoria y, más específicamente, la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales. Entre los cambios introducidos por la LRSAL se encuentra la nueva redacción dada al artículo 85.2 de la LBRL que cambia radicalmente la tradicional discrecionalidad para la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales. Desde entonces, esta decisión se encuentra condicionada a la efectiva acreditación de que la forma de gestión elegida es la más eficiente y sostenible. Así, el principio constitucional de eficiencia se incorpora y desarrolla en ésta y otras normas básicas que regulan el ejercicio de esta potestad. Junto a la vertiente económica, incorporada de la mano del principio de eficiencia, se encuentra la financiera, aunque ésta se limita a remitir al cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas que regulan el ámbito financiero-presupuestario. En este trabajo se analizan las consecuencias de la condicionalidad económica establecida para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales (directa o indirecta).

Recibido: 5-6-2021

Aceptado: 4-11-2021

PALABRAS CLAVE: eficiencia, discrecionalidad, forma de gestión.

ABSTRACT: On the occasion of the previous economic crisis, in Spain different administrative rules were modified that affected the way of exercising a large part of the public powers, in particular the organizing power and, more specifically, the choice of forms of management of local public services. Among the changes introduced by the LRSAL is the new wording given to article 85.2 of the LBRL which radically changes the traditional discretion for the choice of the form of management of local public services. Since then, this decision has been conditional on the effective accreditation that the chosen form of management is the most efficient and sustainable (direct or indirect). Thus, the constitutional principle of efficiency is incorporated and developed in this and other basic rules that regulate the exercise of this power. Next to the economic aspect, incorporated hand in hand with the principle of efficiency, is the financial, although this is limited to referring to compliance with the obligations established in the rules governing the financial-budgetary field. This paper analyzes the consequences of the economic conditionality established to choose the form of management of local public services and the main elements that must be part of the file to be carried out for its accreditation.

KEYWORDS: efficiency, discretion, forms of management

I. EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA: FUNDAMENTOS Y EFECTOS EN LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

1. La eficiencia como principio constitucional

El papel de los principios en la regulación de las distintas actuaciones administrativas ha ido adquiriendo todo su valor con el paso de los años y, con ello, se ha producido el progresivo reforzamiento del Estado social y de Derecho configurado en nuestra Constitución. En la última década hemos asistido al desarrollo normativo de distintos principios, bien mediante norma concreta o ampliada su regulación en normas generales de actuación pública¹. Como ejemplo de desarrollos específicos se puede mencionar el principio de transparencia y, como reforzamiento, los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera². Junto a cambios normati-

¹ Buena parte de las reformas normativas tuvieron como origen la anterior crisis económica; entre otras razones porque su duración y profundidad fue mayor de la inicialmente prevista. La incertidumbre que genera la situación de pandemia hace que existan importantes dudas sobre la evolución de la situación económica en los próximos tiempos.

² A nivel estatal la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Y, la mayoría de Comunidades Autónomas y Entes locales han dictado normas que la desarrollan. Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, como desarrollo de la modificación constitucional de 2011 del artículo 135 de la CE.

vos como los mencionados se añade la incorporación a distintas normas administrativas de elementos reglados que desarrollan y refuerzan los fundamentos del principio constitucional de eficiencia, este trabajo se centra la relevancia de este principio en el ámbito local.

La importancia de la vertiente financiera en la anterior crisis económica conllevó que fueran preeminentes las reformas normativas relacionadas con los principios financiero-presupuestarios (la fundamental: la propia modificación del artículo 135 de nuestra Constitución). Entre las reformas normativas de interés para este trabajo destaca la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL), en particular la referida a la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales y el papel dado al principio económico de eficiencia (artículo 85.2)³. Así, progresivamente, ambas vertientes (la económica y la financiero-presupuestaria) han pasado a formar parte de las normas administrativas que regulan el ejercicio de las distintas potestades públicas. Naturalmente, estos cambios han tenido una incidencia decisiva en la tradicional discrecionalidad con que eran atribuidas ciertas potestades públicas (en particular la potestad organizatoria, centro de nuestro interés).

La incorporación del ámbito económico a las normas administrativas y la remisión concreta al financiero-presupuestario deriva de la lógica diferencia existente entre ambos. El financiero-presupuestario cuenta con regulación propia (reforzada en las renovadas normas dictadas), frente al económico, que encuentra su desarrollo en las propias normas administrativas. Esta diferencia trae origen en que el principio de eficiencia tiene fundamentos, finalidad y función propia en cada una de las actuaciones administrativas y son estas normas las que regulan el ejercicio de la potestad organizatoria y establecen sus límites.

Otra diferencia entre ambos ámbitos radica en que se trata de un principio presente en nuestra Carta magna desde su aprobación, frente a su reciente incorporación tras la reforma del artículo 135 de la CE en el año 2011 de los principios financiero-presupuestarios, que fueron desarrollados en nuestro ordenamiento con

³ Los principios que guiaron las LRSAL se reflejan en la modificación del artículo 2.1 que ha pasado a decir: “Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

motivo de nuestra incorporación a la Unión Monetaria⁴. Además, ha de insistirse, el principio de eficiencia lo encontramos en el artículo 31.2, Título I de nuestra Carta Magna.

Este principio no se encontraba en el proyecto de Constitución, su incorporación fue impulsada por el entonces Senador, profesor FUENTES QUINTANA. Cabe recordar alguno de los argumentos esgrimidos para que el principio de eficiencia formara parte de nuestra Carta magna: “se deben constitucionalizar los principios a los que debe responder el gasto público. Y ello porque no resulta aceptable que la Constitución ignore los criterios a que debe responder el gasto público cuando tantos artículos del texto constitucional habrán de traducirse prácticamente en aumentos de gasto del sector público. (...) si no se quiere correr el riesgo de que (...) la mano de los gastos públicos anule lo que se ha construido con la mano de los ingresos orientada por los criterios constitucionales. (...). Es previsible que el gasto público refuerce su presencia en nuestra economía en los años próximos. Este crecimiento debe tener lugar bajo la disciplina de principios que den al crecimiento del gasto público sentido y utilidad social⁵. Sin duda eran argumentaciones preclaras. Aunque

⁴ En España, los Reglamentos comunitarios dictados para la puesta en marcha de la Unión Monetaria se incorporaron a nuestro Ordenamiento mediante la aprobación de la Ley 18/2001, de 12 de noviembre, de estabilidad presupuestaria y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, conforme al Pacto de Estabilidad y Crecimiento acordado en junio de 1997. De facto, se incorporaba una limitación del uso del déficit público y su contención de una forma armonizada para el conjunto de los países que constituyen la Unión Económica y Financiera. Con origen en la modificación de los Reglamentos comunitarios se llevó a cabo la reforma de las normas referenciadas mediante el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria. La introducción de las reglas de estabilidad presupuestarias en el Ordenamiento jurídico interno planteó cierta problemática respecto del régimen de distribución territorial de competencias y parecía alzarse como un obstáculo para su plena efectividad. Principalmente, por la necesidad de conciliar las reglas de estabilidad presupuestaria con el régimen de autonomía financiera infraestatal. Pero, sobre todo, se reveló cierta insuficiencia en los mecanismos jurídicos de reacción frente a los incumplimientos de las normas aprobadas. Las citadas normas fueron recurridas ante el Tribunal Constitucional por diversas Comunidades Autónomas (Castilla-La Mancha, Cataluña; Aragón, Extremadura o el Principado de Asturias). El principal argumento fue la limitación de las competencias de Comunidades Autónomas y Corporaciones locales en materia de gastos públicos. El Alto Tribunal, en síntesis, declaró que no existía incompatibilidad alguna entre las reglas de estabilidad presupuestaria impuesta por estas normas y el respeto de la autonomía financiera. Los fundamentos se encuentran en la Sentencia del Tribunal Constitucional 134/2011, de 20 de julio. Pues, como sabemos en agosto de 2011 se llevó a cabo la constitucionalización de los compromisos europeos en materia financiera y, entre otras consecuencias, retrasó y condicionó el sentido de las Sentencias pendientes. Es decir, las 157/2011, de 18 de octubre, 185/2011, 186/2011, 187/2011 y 188/2011, todas ellas de 23 de noviembre, y los 195/2011, 196/2011, 197/2011 y 198/2011, todas ellas de 13 de diciembre, y 203/2011, de 14 de diciembre.

⁵ Entre los múltiples trabajos que resumen su fundamentación y tramitación parlamentaria se encuentra, DE JUAN ASENJO, O., *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, p. 239 y ss.

la finalidad pretendida no se ha alcanzado y las ineficiencias en las Administraciones han sido cada vez más evidentes⁶.

Los principios constitucionales de eficiencia y economía presentes en el artículo 31.2 de la CE nos remiten al ámbito de los gastos públicos; pero, no sólo y exclusivamente al procedimiento de gastos y pagos (en términos financiero-presupuestario); sino que amplían su radio de acción al estadio previo, a la forma de generar ese gasto. Como esa generación se realiza en cada uno de los ámbitos de actuación administrativa entonces nos encontramos con un principio que venía a condicionar y dirigir las actuaciones públicas hacia el mejor servicio a los ciudadanos, también en términos económicos⁷.

La optimización en el uso de los recursos públicos es reiterada en nuestra CE al añadir a este principio el de economía⁸. Estos principios fundamentales se han poner

⁶ En relación con las manifestaciones de las ineficiencias públicas se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en distintas ocasiones. Por ejemplo, con el desarrollo del Estado de las Autonomías dijo que desde la perspectiva de la asignación racional de los recursos escasos, por las exigencias que resultan del mandato constitucional sobre los criterios de “eficiencia y economía” a que debe responder la programación y ejecución del gasto público en orden a la realización del principio de una asignación equitativa de los recursos públicos enunciado en el art. 31.2 de la Constitución y de acuerdo además con los principios propios del Estado autonómico y, entre ellos, los de descentralización y eficacia administrativa (art. 103.1 C.E.), obligan a evitar, en lo posible, administraciones paralelas o duplicidades innecesarias de servicios y disfuncionalidades, que serían contrarias a los criterios que la Constitución propugna. (todas ellas manifestaciones de las tradicionales ineficiencias públicas) Entre otras sentencias, pueden verse la STC 187/1988, de 31 de mayo, STC 214/1989, de 21 de diciembre, STC 13/1992, de 6 de febrero.

⁷ Las previsiones constitucionales, por muy acertadas que sean, como a nuestro modo de ver es la inclusión de los principios económicos en el artículo 31.2, necesitan del desarrollo normativo y respaldo jurisprudencial para garantizar su efectividad. Al respecto se pueden mencionar las apreciaciones realizadas sobre este apartado, al decir que “la importancia del segundo apartado del artículo 31, si se pone en conexión con el mandato del artículo 9.2, se ha afirmado que podía ser el origen de una nueva concepción constitucional, como un derecho de signo positivo que comprometa a los Poderes públicos a promover programas de actuación orientados a la consecución de los objetivos sociales del Estado y, constituyendo un paso decisivo al juridificar principios capaces de abrir camino hacia aquellos objetivos sociales plasmados en los principios rectores de la política social y económica. Aunque, en principio, estas apreciaciones parecían depositar demasiadas esperanzas en una simple declaración jurídica, aún dotada de rango constitucional; pero resulta igualmente claro que no puede privarse de todo sentido a ninguno de los mandatos incorporados a nuestra Constitución. Pues de ella emanan deberes y límites dirigidos a los Poderes públicos para hacer realidad los fines económicos y sociales marcados por nuestra carta magna”. En este sentido y más concretamente sobre la denominada Constitución financiera, esencialmente contenida en el Título VI de la Constitución puede consultarse, entre otros, RUIZ ALMENDRAL V., y ZORZONA PÉREZ, J. “Constitución económica y Hacienda pública” en M. A. RAMIRO AVILÉS y G. PECES BARBA (Coord.), *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Coord. Ramiro Avilés y Peces Barba, Marcial Pons, 2004, p. 641-696.

⁸ Son múltiples las perspectivas y modelos que abordan las relaciones y fundamentos de los principios de economía y eficiencia. Por ejemplo, desde la óptica del modelo de elección racional se plantea la distinción entre lo que se denomina eficiencia técnica y eficiencia económica; eficiencia asignativa y eficiencia productiva; eficiencia operacional y eficiencia adaptativa. Y se entienden desde dos perspectivas

en relación con otras previsiones constitucionales dirigidas a las Administraciones públicas, en particular los mandatos contenidos en el artículo 103.1. Y, por su íntima relación se ha de mencionar el principio de eficacia. Esta interrelación es particularmente relevante al menos por dos razones: de un lado, son dos principios constitucionales directamente dirigidos a los responsables públicos y de otro lado, la relacionada con sus fundamentos, es decir, si una actuación es eficiente entonces es eficaz. Esta afirmación deriva de las vertientes consideradas en cada uno de ellos: el principio de eficacia postula alcanzar los fines pretendidos y el de eficiencia que se alcancen con los recursos necesarios (ni más ni menos), en consecuencia, el principio de eficiencia engloba al de eficacia. Para visualizar esta relación pensemos en los municipios: se puede afirmar que son eficaces porque prestan los servicios públicos obligatorios, pero esa prestación, bien sabemos que no se caracteriza por ser eficiente.

Esta diferenciación entre los principios de eficiencia y eficacia ha de ponerse en valor porque durante las primeras décadas transcurridas desde la aprobación de nuestra CE no fue relevante la atención dirigida a estos principios. De hecho, el legislador no incorporó medidas específicas que los desarrollaran y la doctrina llegaba a no considerarlos como verdaderos principios. Con el paso de los años, la jurisprudencia tuvo un papel fundamental para ponerlo en valor⁹.

teóricas: el modelo de los objetivos y el enfoque de sistemas. En cuanto guía de acción de la Administración pública se contemplan otras dos perspectivas, como medida de éxito o no alcanzado en su actuación: la eficacia del condicionamiento (gobierno eficaz) y la eficacia de la gestión (administración eficaz). Sin dejar de lado el sentido de la optimización en el uso de los recursos públicos que nos aporta el principio economía. El principal fundamento de este último no es otro que pretender la mejor combinación entre medios (recursos) y fines; en otras palabras, debe ser la más idónea para satisfacer la necesidad concreta perseguida (mandato de optimización). A esta relación se añade el principio de eficacia (artículo 103.1) en la gestión de lo público y ha dado lugar a la conocida regla de las tres “es”: la economía relaciona los medios empleados con los fines perseguidos; la eficacia vincula los fines perseguidos con los resultados obtenidos; y, por último, la eficiencia compara los resultados obtenidos con los medios empleados. Su verificación en materia de gastos públicos se hará fundamentalmente evaluando las decisiones de gasto público plasmadas en los presupuestos, así como su ejecución. Se ha de aclarar que cuando se dice “las decisiones de gasto” no viene referida al contemplado en el procedimiento de pago llevado a cabo por las haciendas públicas, sino a su antecedente: las derivadas de la gestión realizada. Entre los trabajos que abordan las perspectivas mencionadas se encuentra el de LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L., “Una aproximación de la Ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, núm. 218-219, (1989), p. 67-96. También puede verse, desde una visión más cercana a la reforma de la Constitución, NAVARRO FAURE, A., “El Estado social y los principios del gasto público y de la deuda pública en una Hacienda globalizada”, en D. LÓPEZ GARRIDO (Dir.), M. L. MARTINEZ ALARCÓN (Coord.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución Española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 300 y ss.

⁹ Esta perspectiva y evolución puede verse en LORENZO DE MEMBIELA, “Los principios de eficacia y organización en la estructura de la Administración pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 164, 2004. p. 331-348.

Entre las razones que se daban para justificar la no aplicación del principio de eficiencia en el ámbito público se basaba en esa tradicional asociación con el sector privado y el beneficio económico¹⁰. El principio de eficiencia se va abordando por el legislador y la doctrina, especialmente, con origen en los importantes problemas económico-financieros derivados de la anterior crisis económica¹¹.

Como venimos apuntando, los principios económicos y financieros han pasado a condicionar expresamente el ejercicio de distintas potestades de las Entidades locales, en lo que aquí interesa, la organizatoria. En particular, son de nuestro interés las previsiones específicamente referidas a la vertiente económica en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales y, como derivada, las financiero-presupuestarias.

Los cambios normativos plantearon cierto conflicto con la autonomía local y en esa manifestación consistente en el margen de actuación que han de tener las Entidades locales para hacer lo que el Ordenamiento jurídico impone y dirigido a su principal misión: prestar el mejor servicio a los intereses generales¹². Pero, la incorporación de los elementos reglados desarrolladores de estos principios no implica que las Entidades locales no conserven espacios de actuación para ejercer, entre otras, la potestad organizatoria. La diferencia se encuentra en que ahora han de ejercerla de acuerdo con las expresas exigencias incorporadas, especialmente las relacionadas con los principios económicos y los financiero-presupuestarios. Así lo ha confirmado el Tribunal Constitucional en las distintas sentencias dictadas sobre la LRSAL, en

¹⁰ Es cierto que la pervivencia del ámbito privado en el mercado no permite despilfarrar recursos. Pero, se trata de un principio que toma protagonismo, entre otras razones, por el paso de la actividad de autoridad a la actividad de prestación en el ámbito público. En este sentido ORTEGA ALVAREZ, L. I., “El reto dogmático del principio de eficacia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 133, (1994), p. 7-16. También es de interés el trabajo de PAREJO ALFONSO, L. “La eficacia como principio jurídico”, *Documentación Administrativa*, núm. 218-219, (1989), págs. 15-65.

¹¹ Deberíamos recordar que la Administración es una organización económica de primer orden: porque administra los recursos del Estado y porque proyecta su actividad en todas sus formas (regulación, intervención, fomento, servicio público, iniciativa empresarial, planificación, información) sobre el mercado, dicho de otro modo, sobre todos los ciudadanos. Vid. VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, (2011), p. 91-135.

¹² Así se reconoció, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 1603/1986, de 1 de abril al decir que no “puede aceptarse la invocación genérica de la autonomía municipal para la gestión de los intereses que le son propios para justificar la discrecionalidad en el empleo de sus recursos, pues, según el artículo 103, la Administración Pública actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. Ese mandato incorpora algunos de los límites infranqueables de toda la acción administrativa. Aún de forma más temprana el Tribunal Constitucional en su Sentencia 4/1981, de 2 de febrero, expresó que la autonomía consiste en elegir la opción más conveniente, dentro de la legalidad. También determinó que la autonomía es compatible con un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias (entre otras pueden verse las STC 4/1981, de 2 de febrero; 76/1983, de 5 de agosto; 117/1984, de 5 de diciembre, 27/1987, de 27 de diciembre, 159/2001, de 5 de julio).

las que ha reiterado y aclarado su doctrina previa¹³. En concreto, cuando alude a la relación de la autonomía local, la potestad organizatoria y los principios que dirigieron esta reforma, e insiste en que “la autonomía local debe traducirse en todo caso en espacios para que ellas (las Entidades locales) puedan establecer instrumentos con que dar cumplimiento a las exigencias derivadas de estos principios constitucionales” (los principios económicos y financiero-presupuestarios incorporados a la LBRL)¹⁴. También ha señalado que las previsiones de la LRSAL no limitan ni afectan a la autonomía local reconocida constitucionalmente, al decir “la nueva redacción del artículo 85.2 condiciona la autonomía local, pero no la vulnera¹⁵”. Y, matiza que los elementos reglados incluidos en este apartado, “se ajustan plenamente a los principios generales (...) constitucionalizados en el artículo 31.2 de la Constitución”¹⁶.

El Alto Tribunal ha realizado otras afirmaciones de interés y que se pueden resumir en la clarificadora relación, sucesión y efectos de los principios que guiaron la LRSAL, en concreto cuando afirma: “la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local pretende la eficiencia en el uso de los recursos públicos locales y racionalizar la Administración local para asegurar su sostenibilidad y el cumplimiento de las exigencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera” (STC 41/2016, de 3 de marzo).

Dos cuestiones nos parecen particularmente relevantes, por su clarividencia. De un lado, la eficiencia en la gestión de los recursos públicos y la racionalidad organizatoria se presentan indisolublemente unidas. De otro, unas estructuras locales

¹³ Sobre esta norma se han dictado distintas sentencias: STC 41/2016, de 3 de marzo; STC 111/2016, de 9 de junio; STC 168/2016, de 6 de octubre; STC 180/2016, de 20 de octubre; STC 44/2017 de 27 de abril; STC 45/2017, de 27 de abril; STC 54/2017, de 11 de mayo; STC 93/2017, de 6 de julio; STC 101/2017, de 20 de julio; STC 107/2017, de 21 de septiembre.

¹⁴ La cita es de la sentencia 41/2016, de 3 de marzo. Por ser la primera dictada sobre la Ley 27/2013 y que marcó la línea de resolución en las posteriores sentencias, ya que buena parte de los argumentos eran similares.

¹⁵ Así lo resolvía la STC 103/2013 de 25 de abril, que resolvía los recursos presentados por la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, en la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, en su FJ 5º d) y en relación con el artículo 85 bis de la LBRL expresó que con la nueva redacción “se limita a señalar que la creación de organismos autónomos y entidades públicas empresariales se acordará por el Pleno de la entidad también competente para aprobar sus Estatutos, quedando en sus manos la elección, a la vista de las reglas de organización que el legislador establece para las entidades instrumentales locales, entre las formas de gestión directa o indirecta a las que se refiere el art. 85.2 LBRL, y configurar el régimen de sus entidades instrumentales, dentro del marco legalmente establecido, mediante la aprobación de los estatutos. Todo ello, sin que el Letrado del Parlamento haya intentado siquiera justificar cuáles de estas reglas o porqué todas ellas en su conjunto vulneran el contenido esencial que constituye ese núcleo irreductible de la autonomía local que les hace reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (STC 109/1998, FJ 2) y garantiza el gobierno de los intereses que les son propios”.

¹⁶ Ver, entre otras, la STC 143/2013, de 11 de julio, FJº 10.

caracterizadas por la eficiencia en su organización ayudan de forma considerable a asegurar su sostenibilidad y a cumplir con las exigencias derivadas de los principios financiero-presupuestarios ahora constitucionalizados.

De esta forma, se recuerda que la presencia del principio de eficiencia en el Título I de nuestra Carta magna no se produjo de forma accidental. Y, su desarrollo en las normas administrativas no está vinculado directamente con la reforma del artículo 135 llevada a cabo, aunque fuera el argumento fundamental realizado por el legislador¹⁷. Como bien expresa el Alto tribunal, entre las principales funciones del principio de eficiencia se encuentra la relacionada con la racionalidad organizatoria de las Administraciones y su efectiva aplicación es clave en esa otra obligación relacionada con la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Todo ello no es sino muestra del mejor servicio que han de prestar a los ciudadanos.

Planteada la relación entre los principios y la racionalidad organizatoria (en particular su discrecionalidad), el Alto Tribunal recuerda que el “Estado, Comunidades autónomas y Entes locales (cada uno en el marco de sus competencias) están obligados a adoptar las medidas de racionalización de estructuras administrativas y manejo de los recursos materiales y personales que permitan, desde los principios de eficiencia y eficacia alcanzar la estabilidad presupuestaria exigida”. De esta forma, se reitera la trascendencia de los principios económicos y nos permite visualizar con mayor claridad la prelación entre estos principios constitucionales. Ya que, las estructuras administrativas pueden adecuarse financiera y presupuestariamente a los preceptos que regulan estos aspectos, pero, en ningún caso garantizan unas organizaciones eficientes. Del otro lado, el efecto es diametralmente opuesto, es decir, si la eficiencia caracteriza las estructuras organizativas es muy probable que los resultados financieros-presupuestarios se ajusten a las exigencias normativas. En este sentido el Alto Tribunal determina que “el sistema constitucional obliga a interpretar que todos los niveles de gobierno deben adoptar aquellas medidas encaminadas al

¹⁷ Aunque la Ley 27/2013 se fundamente en la reforma del artículo 135 de nuestra Constitución y en la Ley 2/2012, como expresa en el preámbulo al decir “La reforma del artículo 135 de la Constitución española, en su nueva redacción dada en 2011, consagra la estabilidad presupuestaria como principio rector que debe presidir las actuaciones de todas las Administraciones Públicas. En desarrollo de este precepto constitucional se aprobó la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que exige nuevas adaptaciones de la normativa básica en materia de Administración local para la adecuada aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos locales. Todo ello exige adaptar algunos aspectos de la organización y funcionamiento de la Administración local, así como mejorar su control económico-financiero”. La realidad es que en dicha exposición se añade el principio de eficiencia (aunque aparezca como un principio añadido). No obstante, el Tribunal Constitucional ha puesto orden y sucesión en el papel y contribución de los principios económicos a las finalidades públicas. Desde esta perspectiva, a nuestro modo de ver, los cuatro objetivos marcados por la LRSAL se reconducen a dos: la racionalidad organizatoria y funcional y el control financiero.

ahorro en el gasto público (ámbito financiero); al manejo eficiente de los recursos públicos (principio de eficiencia); y, la racionalización de las estructuras administrativas (potestad organizatoria)”.

En suma, el principio de eficiencia es un principio dirigido a proteger la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos, entre ellos también se encuentran los económicos (de ahí su inclusión en el Título I de nuestra Constitución). Por tanto, el desarrollo normativo del principio de eficiencia en distintas actuaciones públicas juega un papel fundamental para garantizar, por ejemplo, los derechos de los usuarios de los servicios públicos gestionados a que tal actuación sea la que mejor sirve a los fines pretendidos con el servicio público (sin que en alcanzar esos fines se destinen más recursos de los necesarios: ineficiencias). A este reto debía dar respuesta el Derecho administrativo y lo va afrontando progresivamente. La situación generada por la pandemia es un buen escenario para comprobar la efectividad de las renovadas previsiones normativas.

2. La eficiencia como límite a la discrecionalidad de la potestad organizatoria

El desarrollo normativo del principio de eficiencia en las normas reguladoras de distintas actuaciones administrativas ha tenido como principal consecuencia variar considerablemente la discrecionalidad con que tradicionalmente era conferida el ejercicio de las potestades públicas implicadas. En el particular ámbito de los servicios públicos locales ahora se exige motivar específicamente su eficiencia, tanto en la implantación y reglamentación del servicio público como a la hora de elegir su forma de gestión, también ante posibles cambios en ésta última. De esta forma, la vertiente económica se ha incorporado a la principal finalidad de la discrecionalidad administrativa en las distintas potestades implicadas en el ámbito de los servicios públicos locales, aunque la relevancia de la potestad organizatoria adquiere protagonismo propio. La potestad organizatoria, en lo que a los servicios públicos locales se refiere, posibilita a las Entidades locales dotarse de aquella estructura organizativa que mejor sirva a la necesidad justificativa de la implantación del servicio público local y/o a la efectiva prestación del servicio público, ya sean servicios públicos potestativos u obligatorios¹⁸.

Al imponerse motivar específicamente el principio de eficiencia en ambas actuaciones (regulación del servicio público y elegir la forma de gestión) se completa el mandato de la optimización en el uso de los recursos públicos en cada una de las

¹⁸ A los servicios públicos obligatorios establecidos en el artículo 26.1 de la LBRL se unen las actuaciones o servicios públicos derivados del desarrollo de las materias propias competenciales presentes en la LBRL (artículo 25.2) y desarrolladas por las normas sectoriales. Junto a las otras formas de colaboración con otras Administraciones, como la delegación de competencias.

acciones públicas (ya sea como regulación o como prestación efectiva), mediante su desarrollo en nuestras normas administrativas¹⁹. Particular trascendencia tiene su regulación en actuaciones tan significativas en las Administraciones locales como son los servicios públicos locales²⁰.

Progresivamente, las normas reguladoras de las potestades públicas van delimitando e imponiendo la vertiente económica en las distintas actuaciones administrativas. De esta forma, se está avanzando en cubrir esa laguna normativa existente durante décadas, en lo que al desarrollo normativo de este principio constitucional se refiere. Este cambio se concreta en la expresa exigencia de elaborar determinados informes o memorias y aplicar concretos criterios de valoración, todos ellos relacionados con los fundamentos del principio de eficiencia (como se verá). Y, la principal consecuencia, se traduce en limitar la tradicional práctica administrativa de realizar alusiones generales a este principio o simplemente ignorarlo en el ejercicio de distintas potestades, en lo que a aquí interesa, la organizatoria.

La persistente laxitud normativa sobre este principio no justificaba, por ejemplo, interpretaciones interesadas de las Administraciones públicas. En el particular caso de la potestad organizatoria ha derivado en utilizar la elección de la forma de gestión (principalmente los cambios llevados a cabo) para fines distintos a los que le son propios. Entre esos fines se encuentra el uso de esta actuación como medio para allegar recursos financieros a las Entidades locales, aunque ello implicase mantener, e incluso incrementar, las deficiencias o ineficiencias en la prestación del servicio²¹.

¹⁹ En cuanto a la regulación de los servicios públicos se ha de aludir a la nueva norma básica administrativa (Ley 39/2015). Esta norma incorpora como novedad el desarrollo de los principios de buena regulación (better regulation), entre ellos se encuentra el principio de eficiencia. Estos principios encuentran respuesta normativa en el nuevo Título VI de esta norma.

²⁰ y son las normas sectoriales, especialmente directivas. Valga a título de ejemplo lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. En este artículo se establece que si la Entidad local decide imponer a ciertos productores o poseedores de residuos su entrega al sistema público de gestión entonces tal decisión debe motivarse específicamente en base a “criterios de mayor eficiencia y eficacia en la gestión de los residuos”. Esta exigencia ha conllevado que distintos Tribunales Superiores de Justicia hayan rectificado actuaciones concretas de Entidades locales o la propia anulación de artículos en las Ordenanzas reguladoras. En este sentido pueden verse las Sentencias de del Tribunal Superior de Justicia balear 489/2015, de 10 de junio, la 391/2015, de 10 de junio; la 577/2015, de 17 de junio; o la 637/2015, de 7 de julio). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia andaluz, en sus sentencias 5539/2016, de 11 de marzo; la 5538/2016, de 10 de marzo; la 4747/2015, de 30 de junio; la 6800/2017, de 24 de mayo.

²¹ Buen ejemplo de esta actuación se encuentra en el supuesto analizado por la Sentencia 766/2016, de 5 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia Balear. La cual destaca cómo “la finalidad principal que motivó iniciar los trámites hacia una gestión indirecta del servicio, era la de obtención de un beneficio económico para la Hacienda Municipal, en un contexto económico de graves dificultades para las haciendas públicas, lo que se podía paliar mediante contratos de concesión como el que nos ocupa (...). De la lectura del acuerdo de 26 de abril de 2013 e informes que lo justifican, se desprende que el motivo principal por el que se propuso pasar al sistema de gestión indirecta por medio de concesión era el de redu-

En este sentido, como bien recuerda el Tribunal Constitucional “El Estado no es el único destinatario ni la única instancia que puede y, sobre todo debe, establecer todas las medidas de racionalización y eficiencia en uso de los recursos públicos”²². Y, añade también el Alto Tribunal que las Administraciones públicas en general y las locales en particular tienen la obligación de adoptar todas aquellas medidas que garanticen “la racionalización y eficiencia en uso de los recursos públicos”.

Dicho de otro modo, aunque las normas básicas o sectoriales no imponían expresamente valorar la vertiente económica y respetar las obligaciones derivadas del principio constitucional de eficiencia, esto no implicaba que las Administraciones no debieran procurar la mejor gestión posible de los servicios públicos locales, la que mejor sirviese a los intereses de los vecinos afectados (por mandato del artículo 103.1 de la Constitución); y, por mandato del mismo artículo, las Administraciones públicas están sometidas a la Ley y al Derecho. Y, como ya se ha dicho, en directa relación con estas previsiones se encuentra el principio de eficiencia, expresamente incorporado en el artículo 31.2²³.

Así, la tradicional discrecionalidad presente en la LBRL para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales ha generado no pocos problemas en nuestras Administraciones. Entre otros se encuentran los relativos a la proliferación de entes instrumentales. Una problemática que viene de lejos y a la cual la doctrina se ha

cir la carga financiera del mantenimiento del servicio y, además, obtener un sustancial beneficio económico (canon fijo inicial no inferior a 2 millones de euros). Es decir, porque se carecía de fondos para el correcto mantenimiento del servicio de aguas y se entendía conveniente la obtención de otros adicionales para otras inversiones ajenas a dicho servicio (como los gastos de reforma del Teatro Principal)”.

²² Así se expresa en la primera de las sentencias sobre la Ley 27/2013, la STC 41/2016, de 3 de marzo.

²³ La disminución de ingresos públicos que provocó la anterior crisis económica llevó a Administraciones y particulares tener que llevar a cabo ciertos ajustes en las actuaciones que venían realizando. No obstante, las Administraciones han estado más preocupadas en adecuarse a las estrictas exigencias financiero-presupuestarias que a evaluar la eficiencia en sus actuaciones. En este sentido, es de interés lo expresado por el Tribunal de Cuentas en el Informe de fiscalización nº 1018, relativo a las medidas adoptadas por las Entidades locales para adaptarse a la disminución de ingresos, al decir que “los planes económico financieros, de saneamiento o de ajuste que formulan las Entidades en aplicación de los preceptos legales aplicables no siempre han garantizado, en la práctica, la solvencia financiera y el equilibrio económico presupuestario de las Entidades que los han aprobado, ya que, en muchos casos, éstos han estado más orientados a cumplir un requisito meramente formal que a constituir un auténtico instrumento de gestión y de toma de decisiones”. Las actuales circunstancias se asemejan a las vividas en la reciente crisis económica; pues, la reducción de ingresos públicos es previsible y el exponencial aumento que se está produciendo en los niveles de déficit y deuda pública conllevará, más pronto que tarde, la exigencia de realizar los Planes exigidos por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. La diferencia se encuentra la vigencia de otras normas que expresamente exigen la eficiencia en las actuaciones públicas.

referido decididamente²⁴. Pero, quizás su visualización ha sido más relevante ante los considerables problemas financieros planteados durante los peores años de la primera crisis económica del nuevo siglo; las ineficiencias y la insostenibilidad financiera pasaron al primer plano de la regulación, más bien a intentar limitarlas²⁵.

Entre los distintos informes que han hecho referencia a esta problemática se encuentra el Informe nº 890 sobre la fiscalización del sector público local, ejercicios 2006, 2007 y 2008, del Tribunal de cuentas, cuando especifica que “la creación de nuevos entes instrumentales no siempre resulta justificable, ni atendiendo a su objeto ni por la necesidad de personificación que del mismo se deriva, ni por la complejidad jurídica, económica, financiera, organizativa y estructural que su constitución lleva consigo. Sino que se pueden considerar como excesos de desarrollo sobre lo que debiera constituir una eficiente, eficaz y económica organización administrativa, pudieran calificarse de “patologías” organizativas”.

En el mismo informe se insiste sobre las denominadas “patologías organizativas” al expresar que “la creación de un ente dependiente por parte de una entidad local (...) no ha respondido, en ocasiones, a nuevas necesidades que deban atenderse o a la racionalización de la gestión municipal, sino a la deliberada huida, principalmente en el caso de las sociedades mercantiles, de los controles internos o del control político municipal y a la búsqueda de un campo de actuación menos reglado en el que poder incrementar el margen de discrecionalidad de las decisiones que afectan

²⁴ Buena parte de lo dicho sobre este fenómeno se resume en decir que parecía que nos encontramos en una situación de aparente ausencia de límites precisos a la potestad organizatoria y, como derivada, entre otros se produjo el proceso conocido como “huida del Derecho Administrativo”. En este sentido DEL SAZ CORDERO, S., “La huida del Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 133, (1994), p. 57-98. PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo. Parte General*, 3ª ed, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 44 y ss. Más recientemente se subraya el indudable papel que ha tenido el Derecho europeo, especialmente con el reforzamiento primero de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera o las nuevas Directivas sobre contratación. Vid. CHINCHILLA MARÍN, M. C., “El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del Derecho administrativo”, *Revista de Administración pública*, núm. 200, (2016), p. 361-383.

²⁵ Durante la anterior crisis económica uno de los aspectos cuestionados de la Administración local ha sido el sector público local, en tanto que se ha visto el constante y reiterado recurso a la creación de entes instrumentales por las Entidades locales como un irracional abuso que ha venido a imitar lo que se venía produciendo en el ámbito de la Administración del Estado y de las Comunidades autónomas. La proliferación de organismos autónomos locales, entidades públicas empresariales, fundaciones, consorcios, sociedades mercantiles con capital exclusivamente público, sociedades de economía mixta, creados por muchos municipios para la gestión de servicios públicos, además de llevarse a cabo en ausencia de una estimación económica que aconsejara su creación. La consecuencia de lo anterior es la apreciación generalizada de que el denominado sector público local es ineficiente, y está carente de justificación. Vid. CAMPOS DAROCA, J. M., *La reforma de la Ley de Bases de Régimen Local, Ley 27/2013, de 27 de diciembre*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2014, p. 209 y ss.

a la ordenación del territorio, contratación, ejecución de inversiones y prestación de servicios públicos”.

La LRSAL incluyó medidas concretas y específicas relacionadas con los entes instrumentales de las Entidades y su situación financiera presupuestaria. En concreto la Disposición adicional segunda: redimensionamiento del sector público local²⁶. Como medida concreta que es, sus previsiones sólo se activarán si se produce una situación de desequilibrio financiero de la Entidad local y, ante tal eventualidad, se introducen nuevos mecanismos dirigidos a la racionalización organizativa e integración coordinada de servicios que, junto a las ya previstas en el artículo 21 de la LOEPSF, deberán incluirse en los planes económico-financieros de las Entidades Locales previstos en esta norma. La racionalidad organizatoria y los distintos planes previstos en la citada norma encuentran en la eficiencia y sostenibilidad exigida a las formas de gestión de los servicios públicos un referente que debe tenerse en cuenta, ante la posible activación de los mecanismos financieros²⁷.

Así, frente a la finalidad de la discrecionalidad atribuida en esta potestad (posibilitar a las Entidades locales un margen de actuación para gestionar de la mejor forma posible los servicios públicos), las Entidades locales no sólo no han buscado la racionalidad organizatoria exigible a toda Administración sino que han dirigido su atención a elegir aquella forma de gestión en la cual las normas y los controles (administrativos y judiciales) fueran más “flexibles”: bien por falta de previsión normativa o por determinarse con tal imprecisión que su efectividad haya sido mínima²⁸.

²⁶ La primera medida consiste en prohibir a las Entidades locales, mientras estén sujetas a un plan económico financiero o plan de ajuste, adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos entes. La segunda consiste en exigir el saneamiento de las entidades instrumentales que se encuentren en situación de desequilibrio financiero. La tercera es la prohibición de crear entidades instrumentales de segundo nivel. Sobre la redimensionamiento del sector público local, puede verse entre otros, KONINCKX FRASQUET A., “Modos de gestión de los servicios públicos. Redimensión del sector público local y otras medidas de racionalización. En especial la gestión directa”, en M. J. DOMINGO ZABALLOS (Coord.), *Reforma del Régimen Local, La ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: veintitrés estudios*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, p. 487-494. BOTO ALVAREZ, A., “Redimensionamiento del sector público local”, en QUINTANA LÓPEZ, (Dir.) A. B. CASARES MARCOS, (Coord.) *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 465-517. MONTOYA MARTÍN, E., “Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local, antes y después de la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36, (2014), p. 37 y ss.

²⁷ Vid. TORNOS MAS, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *Cuadernos de Derecho local*, núm. 43, 2017, p. 11-30.

²⁸ En este sentido, las actuales leyes generales de Derecho administrativo incorporan al sector público como referencia para la aplicación de sus disposiciones; las cuales reflejan con mayor precisión la actual realidad de la organización pública. Entre otras normas se encuentra la LCSP, LPACAP; LRJSP. Un análisis de esta realidad la realiza GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., “El “sector público” como referente actual del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración pública*, núm. 209, (2019), p. 174-208.

Pues bien, las Administraciones se encuentran sometidas a todos los deberes emanados de los principios, en lo que ahora importa, también al de responder a la eficiencia en sus estructuras²⁹. Esta perspectiva debe formar parte de la labor administrativa. El mantener ciertas patologías organizatorias por parte de nuestras Entidades locales ha tenido como resultado la revelación pública, no sólo de las tradicionales ineficiencias administrativas, sino también del incumplimiento de la legalidad vigente (con continuos casos de anulación judicial de acuerdos de las mismas en el ámbito de lo contencioso-administrativo o de denuncias y condenas judiciales penales a sus cargos y responsables)³⁰. Y, lo más grave, a nuestro modo de ver, la percepción y sentimiento generalizado de los ciudadanos de que el funcionamiento de las Administraciones públicas no constituye un servicio hacia ellos; más bien parecen una carga administrativa, económica y financiera³¹.

La solución organizatoria no era ni es indiferente (en términos económicos); ahora tampoco lo es para el Derecho. Por el contrario, lo señalado por nuestra Constitución es que las fórmulas organizatorias serán el resultado de un comportamiento sometido al cumplimiento de toda una serie de deberes jurídicos positivos (organiza-

²⁹ La aplicación de los principios en general y el de eficiencia en particular por parte de las Administraciones, evidentemente, lo será sin merma y como complemento ineludible de la sujeción de la Administración, como poder público, a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico. Pues, de lo que se trata es de conocer las alternativas organizativas existentes y someter sus actuaciones a los distintos principios a los que están sometidas, también al principio de eficiencia. En este sentido LORENZO DE MEMBIELA, J. B., “Los principios de eficacia y organización en la estructura de la Administración pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 164, (2004), p. 331-337. También VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, septiembre-diciembre, 2011, p. 91-135.

³⁰ Al respecto cabe destacar, entre otras afirmaciones, la que recuerda que en la denominada ecuación sobre la corrupción se encuentra la discrecionalidad. Ese mal, que parece no tener fin, se manifiesta con particular intensidad en los sectores en los que quienes ejercen el poder público discrecional no están sujetos a normas del todo vinculantes. Aspecto ampliamente desarrollado por ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Tercero en discordia, Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, p. 417 y ss.

³¹ Aunque la manifestación que mayor alarma suele causar es la continua aparición de casos de corrupción y ocasionan un grave perjuicio a la salud de nuestro modelo de Estado, esto no quiere decir que sean los únicos males que aquejan a nuestras Administraciones públicas. Sin duda, todos ellos son consecuencia directa de la falta de controles, de procedimientos administrativos, en definitiva, falta de reconocer que un Estado de Derecho supone reglas y control de la actividad de la Administración pública evitando, preventivamente, no sólo los procesos conocidos sino también aquellas actuaciones que no tienen porqué tener el calificativo de delitos pero, eso no quiere decir que no contravengan los fundamentos de principios constitucionales que rigen y condicionan la actuación de las Administraciones públicas. Así, se ha afirmado que buena parte de los asuntos que están llegando a los Tribunales no son más que consecuencia de la falta de garantismo, base de toda la oscuridad contraria a la transparencia exigida a las Administraciones, que ha originado la consecuente necesidad de condenas y anulaciones. *Vid.* SORIANO GARCÍA, J. E., *El poder, la administración y los jueces (A propósito de los nombramientos por el Consejo General del Poder Judicial)*, Iustel, Madrid, 2012, p. 165 y ss.

tivos y procedimentales) con un determinado estándar de diligencia mostrado por las Administraciones públicas³².

La lucha jurídica contra las inmunidades del poder ha ampliado su ámbito, en particular al de la eficiencia efectiva en cada actuación administrativa³³. Cuando el Ordenamiento jurídico abre espacios discrecionales no significa, en realidad, la entrega de una libertad de decisión a las Administraciones (se ha de recordar que a las Administraciones no se le reconocen libertades sino su sometimiento a la Ley y al Derecho). En nuestro modelo de Estado no es indiferente la elección de una forma de gestión de los servicios públicos eficiente o ineficiente³⁴.

Cuando la Administración puede elegir entre un mayor o menor abanico de opciones, todas ellas alternativas “razonables” desde el punto de vista del Derecho, también se ha de valorar la realidad que trasciende a la potestad organizatoria³⁵. Esa

³² En este sentido, PONCE SOLÉ, J., “Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero”, *Gestión y análisis de políticas públicas, Nueva época*, núm. 11, (2014), p. 23-42.

³³ En relación con la lucha jurídica para el particular ámbito de la contratación pública, es de interés lo expresado por MALARET i GARCÍA, E., “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 15, (2016), p. 21-60. Especialmente cuando se refiere a que la lucha contra las inmunidades del poder ha impedido la correcta delimitación de los espacios de libre decisión, muy en especial de aquellos que necesariamente requerían un margen de libre apreciación. La negación de esta realidad, imprescindible para la determinación del interés general y la eficiente asignación de los recursos públicos, la obsesión por configurar todo ámbito decisorio como reglado, han supuesto serias trabas para abordar de manera coherente y adecuada a la finalidad de la tarea encomendada la correcta delimitación de funciones entre los órganos de naturaleza política (dotados de legitimidad democrática) y los órganos de naturaleza técnica (dotados de legitimidad profesional).

³⁴ En el ámbito de las decisiones discrecionales, en particular si a la potestad organizatoria nos referimos, aplicar los principios jurídicos que la delimitan es sinónimo de tomar una decisión que no suponga un menoscabo inútil, innecesario o excesivo para cualquiera de los destinatarios, una decisión que maximice su satisfacción global. En este sentido, se defiende que se trata de averiguar en qué medida se realizaran cada uno de los principios según el curso de acción que se siga y escoger el que maximice dicha realización. Es decir, habrá que analizar costes y beneficios que para los principios considerados se derivan de las posibles decisiones, y adoptar la que presente un mejor balance. Así las cosas, se podría pensar que este método jurídico no difiere demasiado del propio de la economía. Si aquella es la ciencia que estudia adoptar decisiones racionales en un mundo con recursos escasos, a fin de aprovecharlos al máximo, a fin de maximizar su utilidad, a fin de satisfacer de la mejor manera posible las metas pretendidas, también los problemas de los principios jurídicos pueden considerarse problemas económicos, de escasez, donde resulta imposible atender ilimitada y simultáneamente las exigencias prima facie de cada uno de los principios aplicables, donde debe tomarse una decisión que no restrinja inútil, innecesaria o excesivamente la realización de cada uno de ellos, una decisión que maximice la satisfacción del conjunto de los mismos. *Vid.* DOMÉNECH PASCUAL, G., “Principios jurídicos, proporcionalidad y análisis económico”, en L. ORTEGA Y DE LA SIERRA, (Coord.), *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2009, p. 159-186.

³⁵ Algunas de esas realidades pueden verse en las sentencias: STS 6188/1999, de 7 octubre; STS 4408/2000, de 30 de mayo; STS 4846/2000, de 13 de junio.

realidad cuenta con unos componentes técnicos manifestados en vertientes económicas, financieras, medioambientales, etc. Cada una de ellas se ha de abordar en la elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales.

De esa forma, nos hemos encontrado con una potestad discrecional (para la elección de la forma de gestión del servicio público) vista y ejercida por las Entidades locales de forma no del todo ajustada a la finalidad para la cual es conferida, pues, las estructuras organizativas de las que se dotan las Administraciones locales para la prestación de los servicios públicos locales condicionan y son elemento nuclear en la mejor consecución de la finalidad pretendida³⁶.

La actual situación sanitaria, económica o social hace que este principio deba jugar el papel otorgado por nuestro Ordenamiento jurídico, ya que parece cada día más evidente que la crisis económica derivada de la pandemia va a ser más prolongada de la inicialmente prevista. Y, la suspensión temporal de cumplir con las obligaciones financiero-presupuestarias no sólo no alcanza a la eficiencia en el ámbito público sino que, a nuestro modo de ver, cobra mayor relevancia, si ello es posible. Desde luego, sería esperable que las reformas normativas en el sentido aquí destacado tuvieran reflejo a la hora de afrontar los irremediables problemas derivados de la nueva crisis económica.

II. LA EXIGENCIA DE LA FORMA DE GESTIÓN (DIRECTA O INDIRECTA) MÁS EFICIENTE

1. La elección de la forma de gestión como actuación diferenciada

La nueva redacción dada al artículo 85.2 de la LBRL por la LRSAL forma parte de los cambios normativos con carácter estructural, al afectar directamente a la tradicional configuración jurídica de esta potestad. El primer inciso del artículo 85.2 se refiere y dirige específicamente hacia una obligación general para elegir la forma de gestión que puedan revestir los servicios públicos locales (directa o indirecta), al decir: “Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación”.

³⁶ Como bien se ha señalado, el régimen jurídico de la actividad de servicio público es importante ya que el mismo tiene un reglamento que siempre es de Derecho administrativo. Pero, en función de la forma de gestión puede suceder que el ente gestor encargado de la gestión del servicio público pueda acogerse casi totalmente a la agilidad del Derecho privado. En este sentido, ALEMANY GARCÍAS, J., *La recuperación de los servicios públicos locales, Texto actualizado a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, Civitas, Madrid, 2018, p. 144 y ss.

La finalidad específica de la modificación es clara: garantizar una forma de gestión de los servicios públicos locales que responda tanto al principio económico de eficiencia como a las obligaciones financiero-presupuestarias previstas en la Ley 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante LEPSF) y normas que la desarrollan³⁷.

Tras la entrada en vigor de la LRSAL, las Entidades locales encuentran en el primer inciso del artículo 85.2 (junto a otros, como se verá) mandatos claros y directos. En particular, porque dirige el centro de atención a la carga de la motivación suficiente a realizar por las Entidades locales al ejercer esta potestad³⁸. Por primera vez, la LBRL condiciona su ejercicio al efectivo cumplimiento de unos principios concretos y específicos. Dichos principios se reiteran en ésta y otras normas e incorporan una serie de elementos reglados que deberán respetar las Entidades locales al elaborar el expediente administrativo para determinar la forma de gestión de los servicios públicos prestados (directa o indirecta)³⁹.

En esta elección se ha de explicar y justificar cómo se ha llegado a la decisión adoptada o por qué se ha descartado la otra alternativa posibilitada por las normas, dicho de otro modo, fundamentar adecuadamente el juicio técnico emitido mediante el cual se ha elegido una forma de gestión (directa o indirecta): la más eficiente y sostenible⁴⁰.

³⁷ Vid. VILLAR ROJAS, F.J., “Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”, *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016, p. 96-106. En particular cuando afirma que “La sostenibilidad de la que habla la LBRL no tiene exactamente el mismo sentido que la que regula la LOEPS, ya que ésta última se refiere siempre a la sostenibilidad de la hacienda pública en su conjunto, lo cual permite que algún servicio sea insostenible o, dicho de otro modo, sea incapaz de generar recursos para hacer frente a sus costes presentes y futuros, sin que por ello afecte a aquella condición global. Tampoco la eficiencia se aplica en el mismo sentido, pues en la LOEPSF “no se considera en términos clásicos (empleo más racional de los recursos, lo mismo con menos), sino que se vincula con el impacto de la iniciativa en los ingresos y los gastos presentes y futuros, de acuerdo con los principios de sostenibilidad y estabilidad”.

³⁸ Una motivación entendida como justificación de las decisiones discrecionales, como demostración clara y evidente de que no son fruto de la mera voluntad o el simple capricho de quien las adopta, aprovechando el espacio mayor o menor que la ley permite, sino que es el resultado de una elección racional, de una acción sostenida por razones objetivas, coherentes con la realidad de los hechos que la originan y, por lo tanto, externamente verificables. Vid. RAMÓN FERNÁNDEZ, T. “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional” *Revista de Administración Pública*, núm. 187, (2012), p. 141-170.

³⁹ Vid. ESTEVE PARDO, J., “El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas”, *El cronista del Estado social y de Derecho*, núm. 69, (2017), p. 4-11. En particular, cuando afirma que “como conceptos jurídicos indeterminados que son, su aplicación podría eventualmente ser objeto de fiscalización por parte de los tribunales lo que no resultaba en modo alguno admisible en la regulación anterior que otorgaba una total discrecionalidad a los entes locales para optar por los modos de gestión que la Ley ofrecía”.

⁴⁰ Es importante subrayar lo expresado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la Sentencia 2030/2014, de 19 de marzo, al recordar a las Entidades locales que “se trata de establecer de forma global y contrastada qué gestión de residuos es más eficiente económicamente y más eficaz desde el

Este mandato conlleva introducir la optimización en la determinación de la forma de gestión y afectar, naturalmente, a la tradicional discrecionalidad caracterizadora de esta actuación. El amplio margen de actuación mantenido durante décadas por el legislador, a la hora de ejercer tal potestad, se manifestaba en el sencillo condicional expresado en el primer inciso del artículo 85.2.: “Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas”⁴¹.

La norma no añadía ni incorporaba más condicionantes o principios dirigidos a guiar una decisión con la trascendencia de ésta. Con esa fórmula, para la LBRL era indiferente la forma de gestión de los servicios públicos locales. El legislador no había considerado necesario recordar a las Entidades locales ningún principio específico que dirigiese el sentido de estas actuaciones públicas. Así, las Entidades locales se encontraban con una potestad auténticamente discrecional y sometida a pocas reglas normativas específicas.

El mencionado cambio no afecta a las distintas formas de gestión previstas ni a la configuración de los servicios públicos locales; simplemente viene a incorporar y desarrollar exigencias concretas en la elección posibilitada relacionada con dos vertientes: la económica y la financiera. Así, ambos principios condicionan y preestablecen la dirección de una decisión administrativa que implica emitir un juicio técnico sobre la estructura organizativa más óptima. Y, se trata de una actuación diferenciada de la implantación de servicios públicos ex novo. Pues, el contenido del expediente a elaborar presenta diferencias sustanciales respecto de las que rigen a la hora de implantar los servicios públicos (artículo 86.1)⁴².

punto de vista de protección medio-ambiental, no pudiendo imponerse la gestión municipal sino en aquellos supuestos en que esa gestión integrada aun no siendo rentable a su prestador sea sostenible económicamente y ofrezca mejores resultados en el ciclo completo del tratamiento de los residuos”. En esta misma sentencia se destacan algunas otras cuestiones que no por obvias deben dejar de señalarse. Por ejemplo al decir que no consta en el expediente “ninguna estimación sobre los resultados previsibles del sistema de gestión municipal, teniendo en cuenta su organización, dotaciones e infraestructuras para la recogida, transporte, valorización o reciclaje de los residuos”.

⁴¹ Sobre la forma de gestión de los servicios públicos locales son de obligada cita las obras de SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2004, p. 50 y ss. Y la de BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., *Manual de Gestión de Servicios Públicos Locales (Doctrina, jurisprudencia y Formularios)*, El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, Madrid, 2005.

⁴² El artículo 86 también fue modificado por la LRSAL e incorpora exigencias específicas para este tipo de actuaciones, En concreto el apartado 1 expresa “Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial. Corresponde al pleno de la

La principal cuestión a deslindar entre ambos artículos (el 86.1 y el 85.2) es que el primero exige un expediente relativo a la conveniencia y oportunidad de la medida (la implantación del servicio público), y la forma de gestión es una actuación necesaria para su puesta en funcionamiento. En otras palabras: el servicio público es la finalidad y la forma de gestión el instrumento para alcanzar y garantizar el fin pretendido⁴³. Esta diferenciación cobra particular relevancia ante los cambios en la forma de gestión de un servicio público ya implantado⁴⁴.

De acuerdo con el primer apartado del artículo 86, el ejercicio de la iniciativa pública económica se encuentra limitado por el cumplimiento del “objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera” y se ha de acreditar que “la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera”. Es decir, el ejercicio de la iniciativa pública económica puede consistir en la implantación de un nuevo servicio público, que puede ser oportuno y conveniente para atender las necesidades de los vecinos, pero se encuentra condicionada su implantación a la situación presupuestaria y financiera de la Entidad local y por las argumentaciones esgrimidas en otros informes exigidos por este artículo como “un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial”. Y, será el Pleno quien lo apruebe y determine la forma de gestión que, de acuerdo con las exigencias ya expuestas (artículo 85.2), deberá ser la más eficiente y sostenible.

Pero, en los cambios de la forma de gestión de los servicios públicos que venga prestando la Entidad local, bien porque se produzca el vencimiento de los contratos (si se prestaba de forma indirecta) o porque se considere que la gestión directa debe ser evaluada, por las razones que la Entidad local esgrima, lo que se ha de realizar es el expediente exigido en el artículo 85.2.

respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio”.

⁴³ En este sentido, es de interés lo expresado por la STS 744/2015, de 23 de febrero, porque advierte con rotundidad que “el modo de gestión (directa o indirecta) no afecta a la prestación del servicio en régimen de monopolio” (FJ 4º), lo que no ampara la línea argumental de la parte apelante en la que se viene a identificar municipalización/gestión directa/ monopolio frente a gestión indirecta/libertad de mercado”. Y, añade que en el acuerdo examinado “únicamente se decide sobre la forma de gestión, directa en este caso, de unos servicios públicos locales, que son de prestación obligatoria en todo caso para el Municipio (art. 26.1 de la LBRL) y que por disposición legal están reservados a favor de las Entidades Locales. El acuerdo impugnado internaliza, no municipaliza un servicio que por disposición legal es municipal”.

⁴⁴ Especialmente, ante actuaciones como la internalización de la gestión (la mal llamada remunicipalización). Al respecto puede verse, entre otros GAMERO CASADO, E., “Criterios determinantes de la forma de gestión de los servicios públicos: especial referencia a la remunicipalización de servicios locales”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 52 (2019), p. 1-26.

En suma, para la elección de la forma de gestión (directa o indirecta) deben tenerse en cuenta las renovadas exigencias y el cambio producido en la forma de ejercer esta potestad. Básicamente son tres, a nuestro modo de ver:

En primer lugar, la LBRL no habilita a las Entidades locales para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales sin más consideración (indiferencia jurídica). Desaparece la expresión “podrán”.

En segundo lugar, se impone decididamente los principios de eficiencia y sostenibilidad, que se unen a otros con cierta tradición entre nosotros (como el de legalidad, seguridad jurídica, etc.).

En tercer lugar, las normas no dan opciones en relación con estos principios. No dicen que la forma de gestión sea eficiente o sostenible. Tampoco dice que sea eficiente “y” sostenible. La norma pide algo más, y así se deduce de la reiterada expresión “más” eficiente y sostenible. Si lo queremos expresar en términos amplios podríamos decir: la forma de gestión deberá ser aquella que mejor sirve al interés general pretendido con el servicio público a prestar. Efectivamente, en ese genérico pero preciso mandato (servir con objetividad a los intereses generales) no se establecen excepciones ni exclusiones, tampoco del ámbito económico o financiero.

Por resumir, unas Administraciones ineficientes e insostenibles financieramente no son las Administraciones configuradas por nuestra Constitución ni, desde luego, las esperadas por los ciudadanos a los que sirven.

De esta forma, la potestad organizatoria, en lo que a la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales (directa o indirecta) se refiere deberá ser la óptima, la que mejor sirve a los intereses generales. El sentido de la optimización no es otro que el manifestado en nuestra Carta Magna y deviene de la expresa obligación derivada de los principios de eficiencia y economía incluidos en el artículo 31.2 (Título I).

2. Exigencias de motivación para dirimir entre gestión directa o indirecta: elementos fundamentales

El legislador reitera el mandato y los principios de eficiencia y sostenibilidad en otras normas reguladoras de las formas de gestión, en particular, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) o la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP).

Por ejemplo, el artículo 86.2 de la LRJSP incide y reitera la obligación de motivar en el sentido de la optimización. En concreto, entre las condiciones establecidas para la declaración de una entidad como medio propio o servicio técnico también se

impone, taxativamente, la justificación de que esta posibilidad es “una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz”⁴⁵.

Si por el contrario el resultado del primer mandato es que la gestión indirecta es más eficiente y sostenible, entonces habrán de plantearse cuál de las fórmulas contractuales previstas en la normativa es la que mejor sirven al fin pretendido con el servicio público a gestionar.

La LCSP tiene una finalidad concreta: regular la contratación del sector público (artículo 1)⁴⁶. En este primer artículo se apuntan aquellos aspectos determinantes posteriormente desarrollados. Entre ellos se encuentra, de forma reiterada, la exigencia de que se realice una eficiente utilización de los fondos y se ha de poner en conexión con la selección de la oferta económicamente más ventajosa. También se corrobora en el artículo 145.1, al establecer que “la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio”. El mismo artículo contempla la posibilidad de sustituirla por la relación coste-eficacia (relacionar el coste con la finalidad pretendida), aunque deberá motivarse adecuadamente las razones por las cuales se aconseja acudir a esa relación y detallar las circunstancias concretas y específicas que lo aconsejan. Dicho de otro modo, se insiste en la mejor relación entre los fines pretendidos con la actuación a contratar y los recursos destinados a tal finalidad: principio de eficiencia.

El legislador ha optado por establecer el contenido del expediente en las concretas fórmulas establecidas para cada forma de gestión (directa o indirecta), fundamentalmente en la LBRL y en la LCSP, como las dos normas básicas que regulan

⁴⁵ Aunque el mandato contenido en este artículo, de acuerdo con la Disposición adicional decimo-cuarta, no tiene carácter básico, sin embargo, creemos que la coherencia con lo establecido en el 85.2 de la LBRL debe valorarse y aplicarse en las Entidades locales.

⁴⁶ Artículo 1. Objeto y finalidad.

1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

² Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar

3. En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

esta elección. Y, como hemos comprobado que la obligación establecida es la misma (acreditar la eficiencia y sostenibilidad) entonces podemos entender que los criterios de valoración e informes previstos en dichas normas serán los que se incluirán en el expediente a elaborar para la primera de las elecciones. Naturalmente, con el cumplimiento de esta primera obligación se facilitarán las actuaciones posteriores, ya sea para determinar la estructura organizativa o para elegir el tipo de contrato a celebrar. A continuación, nos centramos en las actuaciones a desarrollar por la Entidad local para dar respuesta a la primera de las obligaciones establecidas.

En el artículo 85.2, en el supuesto de que sea la gestión directa (la más eficiente y sostenible), se reitera el imperativo y los principios establecidos, al posibilitar las distintas opciones organizativas. Y, de acuerdo con ellas, las Entidades locales determinarán qué estructura organizativa revestirá el servicio público considerado. Así, el artículo 85.2 establece:

Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

- A) Gestión directa:
 - a) Gestión por la propia Entidad Local.
 - b) Organismo autónomo local.
 - c) Entidad pública empresarial local.
 - d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos.

A los efectos de claridad expositiva tomamos como referencia lo establecido en este artículo y se comprobará su coincidencia con las previsiones de la LCSP. En primer lugar, los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión, como elementos prioritarios para acreditar la mayor eficiencia y sostenibilidad exigida. A renglón seguido y por su relación con ellos se hará referencia al informe referido a los costes del servicio. Siguiendo con el informe del interventor local relativo a la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas. Sin olvidar los informes sobre el asesoramiento y el apoyo técnico recibido. Para finalizar con la obligación de publicidad y la aprobación del expediente por parte del Pleno de la Corporación.

El plazo de recuperación de la inversión es uno de los criterios de valoración que también ha tomado particular relevancia en la gestión indirecta (con la aprobación de la LCSP), al condicionar la ampliación del plazo de duración de los contratos públicos a este criterio. En el particular supuesto de ser un contrato cuyo objeto sea gestionar un servicio público se aplica la regla general establecida, es decir, los contratos públicos tendrán una duración de cinco años (ya sea como contrato de servicios o como concesión de servicios), que son las dos opciones contractuales a valorar por las Entidades locales en la gestión indirecta de los servicios públicos. La LCSP prevé que ese plazo podrá ser ampliado si concurren una serie de circunstancias establecidas, entre ellas se encuentra el período de recuperación de la inversión.

A los efectos de estimar tanto este criterio como el de la rentabilidad económica es de particular interés la remisión expresa que realiza la LCSP y, entendemos que tácita la LBRL, a otra norma. En concreto el artículo 29.9 de la LCSP expresa: “el período de recuperación de la inversión a que se refieren los apartados 4 y 6 de este artículo será calculado de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española”.

El Real Decreto al que se refiere esta norma es el 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española. Y, define el período de recuperación de la inversión en el primer apartado del artículo 10 como, “aquél en el que previsiblemente puedan recuperarse las inversiones realizadas para la correcta ejecución de las obligaciones previstas en el contrato, incluidas las exigencias de calidad y precio para los usuarios, en su caso, y se permita al contratista la obtención de un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación”. Además, esta norma prevé la forma de esti-

mar las principales variables para determinar tanto el periodo de recuperación de la inversión como la rentabilidad económica (flujos de caja, el número de años o la tasa de descuento).

La LCSP también hace referencia al criterio de la rentabilidad a lo largo de su articulado, entre otros se encuentra el artículo 146.1, al referirse a los criterios de adjudicación, que serán tanto económicos como cualitativos (entre otros los medioambientales o sociales, que deberán cuantificarse). Y acota que “los criterios cualitativos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes el cual, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de acuerdo con lo indicado en el artículo 148”. En el supuesto de gestión de servicios públicos parece aconsejable acudir al criterio de la rentabilidad, en tanto ya se ha cuantificado en el expediente que ha determinado que esta opción es más eficiente y sostenible.

Entre los informes relevantes que se han de incluir en los expedientes elaborados para determinar la forma de gestión de los servicios públicos locales se encuentran los relacionados con los costes generados por la prestación; como el informe referido a los costes del servicio público exigido en el artículo 85.2, para el supuesto de gestión directa. Y, en el caso de gestión indirecta, hace lo propio la LCSP, con la incorporación del “coste del ciclo de vida”⁴⁷. Ahora bien, la eficiencia en la forma de gestión no quiere decir, necesariamente, elegir aquella cuyo coste sea menor, aunque

⁴⁷ La LRSAL también incluyó la obligación relativa a la determinación de los costes efectivos (artículo 116.ter). Como desarrollo de esta obligación se encuentra la Orden HAP/2075/2014, de 6 de noviembre, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sobre los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las Entidades locales. En esta orden se expresa en su preámbulo que como criterio de determinación del coste efectivo se considera que deben estar integrados por costes reales directos e indirectos que se deriven de la ejecución de gastos. En consecuencia, se identifica con las obligaciones reconocidas por determinados conceptos de gasto el coste de un servicio prestado por una entidad sujeta al régimen presupuestario, y, asimismo, se identifica con los gastos de explotación reflejados en la cuenta de pérdidas y ganancias en los supuestos de que el servicio se preste por una entidad sujeta al plan general de contabilidad de la empresa. Y como la misma Orden recuerda no es su finalidad determinar ni fundamentar los costes de los servicios públicos, pues ello se encuentra en otro ámbito. Entre otros trabajos puede verse MOTA SANCHEZ E., y MEDRANO GARCÍA, M. L., “Costes efectivos de los servicios públicos” en F. GARCÍA RUBIO, (Dir.) *Análisis y repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, INAP, Madrid, 2015, p. 225-260. También son de interés los trabajos que están desarrollando desde la perspectiva contable-presupuestaria, entre otros pueden verse los de CARRASCO DÍAZ, D., BUENDÍA CARRILLO, D., y LLORENTE MUÑOZ, V., “Síntesis y análisis crítico del coste efectivo de los servicios públicos”, *Auditoría pública*, núm. 67, (2016), p. 39-49. También el trabajo *Coste real versus coste efectivo de los servicios locales*, (Coords.) Carrasco Díaz y Buendía Carrillo, Gecosol, Málaga, 2014.

sea uno de los elementos a valorar⁴⁸. Al exigir que sea la más eficiente implica considerar el coste, como otras exigencias ahora incorporadas.

Otra razón debemos añadir para poner en valor las estimaciones económicas que serán necesarias realizar, en concreto, la incorporación a la LCSP del denominado riesgo operacional. Este riesgo se erige en elemento diferenciador entre las dos posibilidades de contratación con que cuentan las Administraciones para gestionar los servicios públicos⁴⁹. Así, se establece que los contratos se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, quien, además, asumirá el riesgo operacional, en el supuesto del contrato de concesión y si no lo asume será un contrato de servicios.

En los contratos públicos, tradicionalmente, ha tenido un papel fundamental el estudio de viabilidad. Pues bien, en el supuesto de ser un servicio público el objeto del contrato, buena parte del contenido del estudio de viabilidad (artículo 247) ya se encuentra contemplado en el expediente exigido por el artículo 85.2 de la LBRL para elegir entre gestión directa o indirecta. Entre las exigencias del estudio de viabilidad se encuentra la cuantificación del mencionado riesgo operacional y, dice la LCSP, que se deberá evaluar, al menos “el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario, a efectos de la evaluación del riesgo operacional, así como los criterios que sean precisos para valorar la tasa de descuento” (artículo 247.1.j).

Como venimos exponiendo, la similitud entre las exigencias concretas establecidas por ambas normas es considerable (como era previsible), para garantizar el

⁴⁸ Aunque algunas previsiones de la LRSAL, en nuestra opinión, no han sido del todo acertadas en este aspecto. Una de ellas se encuentra en la relación que establece entre la eficiencia y el coste en la redacción dada en algunos de sus artículos; de hecho, casi podemos decir que asocia eficiencia con menores costes. Por ejemplo, cuando en la letra h) del artículo 36.1 atribuye a las Diputaciones provinciales la función de “seguimiento de los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios de su provincia”. Y añade “Cuando la Diputación detecte que estos costes son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, ofrecerá a los municipios su colaboración para una gestión coordinada más eficiente de los servicios que permita reducir estos costes”. A nuestro modo de ver, aunque una forma de gestión eficiente pueda conllevar unos costes menores esto no implica, como dice el artículo mencionado, que la gestión “más eficiente permita reducir costes”. No pretendemos obviar la importancia de esa variable (el coste) pero, es eso, una de las variables a tener en cuenta, y no es la determinante en el ámbito de los servicios públicos.

⁴⁹ Son múltiples los trabajos realizados desde la aprobación de las Directivas que trasponen las nuevas leyes de contratación pública. Por destacar alguno, puede verse MORENO MOLINA, J. A. “Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública” *Revista de Administración Pública*, núm. 204, (2017), p. 343-373. LAGUNA DE PAZ, J. C. “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios de los ciudadanos” *Revista de Administración Pública*, núm. 204, (2017), p. 41-68. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 293-300. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., “La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultados de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local”, *La administración al día*, INAP, 1/02/2018.

cumplimiento del mandado dado: determinar la mejor relación entre los recursos empleados y los fines pretendidos con el servicio público a gestionar. En esta tarea se puede acudir a herramientas que proporcionan esa información, entre las que se encuentra el análisis costes beneficio, como una de las herramientas que facilitan esta labor a las Entidades locales⁵⁰. En estos análisis se valoran buena parte de los aspectos exigidos en las normas básicas y esenciales para determinar la forma de gestión de los servicios públicos locales, en las vertientes económicas y financieras se han de valorar las perspectivas medioambientales o sociales del servicio público considerado.

En el análisis coste-beneficio de las formas de gestión de los servicios públicos se tienen en cuenta tanto flujos positivos como negativos directamente involucrados en la gestión del servicio público. Especialmente aquellos costes y beneficios derivados de la prestación de dicho servicio público para la sociedad, los cuales no tienen porqué traducirse, estrictamente, en flujos de cobros o pagos. No dejemos de lado en ningún momento que nos encontramos en el ámbito de los servicios públicos y de las cualidades propias de su propia configuración.

En este sentido, la prestación de un servicio público local, puede conllevar un resultado financiero negativo y sin embargo resultar un balance económico positivo, una vez incluidos los principales efectos sociales, medioambientales u otro tipo. O viceversa, arrojar un resultado financiero positivo y resultar un balance económico negativo, incluso catastrófico, desde un punto de vista social o medioambiental. Por ejemplo, piénsese en la prestación de los servicios de recogida de residuos o abastecimiento de aguas en una zona con poca concentración poblacional, es muy posible que tenga un balance deficitario y financieramente insostenible, pero arroja un resultado positivo tanto desde el punto de vista medioambiental como desde el punto de vista de servicio esencial, en consecuencia, el resultado económico es positivo⁵¹.

También ha de formar parte del expediente administrativo que venimos desarrollando los informes relativos al asesoramiento y el apoyo técnico recibido en la elaboración de la información exigida. A nuestro modo de ver, la novedad en las

⁵⁰ Las herramientas de análisis en general y las relacionadas con el ciclo de vida son bien conocidas en distintos ámbitos. En el particular caso de la gestión medioambiental se encuentran distintas normas UNE, actualmente destacan tanto la ISO 14040. Gestión ambiental. Análisis de Ciclo de Vida. Principios y marco de referencia como la ISO 14044. Gestión ambiental. Análisis de Ciclo de Vida. Requisitos y directrices. A ellas se une la norma ratificada en junio de 2017 UNE-EN 60300-3-3 Gestión de la confiabilidad. Parte 3-3: Guía de aplicación. Cálculo del coste del ciclo de vida.

⁵¹ En este sentido se ha pronunciado la Sentencia 2030/2014 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 19 de marzo, relacionada con la obligación de motivar el principio de eficiencia en la gestión de residuos. Dice la Sentencia que este principio no permite dejar de lado “la ecuación costes/beneficios regida por parámetros de protección o mejora medio-ambiental”. Y, naturalmente no se trata, en ningún caso de trasladar “al sistema municipal los costes de la gestión de los residuos cuyo tratamiento no sea beneficioso al productor y dejar en manos de este la gestión provechosa de ciertos residuos”.

exigencias de la vertiente económica en la elección de la forma de gestión pretende garantizar que su elaboración se realice siguiendo criterios estrictamente técnicos. Pues, la Entidad local debe emitir un juicio técnico y, como tal, debe justificar adecuadamente los fundamentos técnicos empleados para determinar cada una de las exigencias normativas. En este sentido, la jurisprudencia recuerda que sólo en los casos en que quedara acreditado que no se cuenta o son insuficientes los servicios técnicos, podría acudir a asesoramientos externos cuando la especificidad de la materia a valorar así lo requiera; pero la valoración realizada directamente por una entidad privada, cuya competencia técnica puede ser indiscutible, no tiene las notas de objetividad e imparcialidad que son propias de los órganos técnicos de la Administración y carece, por tal razón, de esos fundamentos sobre los que se asienta la presunción de acierto que se viene reconociendo a los órganos administrativos de calificación técnica. Entenderlo de otra forma sería como desnaturalizar la propia existencia de la Administración constitucionalmente concebida para servir con objetividad los intereses generales⁵².

Al menos, con la documentación relativa a cada una de las exigencias expuestas se le dará traslado a la intervención para cumplir con esa otra obligación del artículo 85.2 “recabar informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”.

Elaborado el expediente administrativo que hemos desarrollado se someterá al trámite de información pública, como expresión de la obligación establecida de publicitar el expediente.

Finalmente, se elevará al Pleno para su aprobación.

Este procedimiento ahora establecido contribuye a aportar seguridad jurídica en las actuaciones relacionadas con la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales (independientemente, por ejemplo, de su carácter obligatorio o potestativo).

La consecuencia es que nos encontramos ante una actuación administrativa dotada de elementos reglados (preceptivos informes y criterios de valoración); por tanto, ante un posible control judicial de la actuación se podrá examinar el cumplimiento de lo exigido por la ley (control de la legalidad); y si lo aprobado por el órgano competente (el Pleno) se ajusta a lo establecido en las normas. En otras palabras, si el juicio técnico está basado en fundamentos objetivos, racionales y razonables.

⁵² Entre las Sentencias que expresan con claridad la jurisprudencia al respecto se encuentra la STS 1877/2016, de 20 de abril.

CONCLUSIONES

La incorporación de los principios de eficiencia y sostenibilidad financiera a las normas administrativas, en particular para elegir la forma de gestión de los servicios públicos locales, ha tenido como consecuencia un cambio significativo al ejercer esta potestad. Este cambio normativo no afecta directamente a la configuración de los servicios públicos, por tanto, no debe llevarnos a cuestionar la finalidad y virtualidad de los servicios públicos (aunque su tradicional tratamiento conjunto pueda ocasionar tal eventualidad). La norma simplemente se refiere al instrumento que hace posible la prestación del servicio público, a la obligación de motivar y valorar las vertientes económicas y financieras inherentes en cualquier actuación administrativa. La finalidad es tratar de minimizar las tradicionales ineficiencias en este ámbito de actuación pública. Pues, la racionalidad en las actuaciones administrativas debe reducir las desproporciones existentes en buena parte de los servicios públicos de la mano del principio de eficiencia.

El principio de eficiencia en la elección de la forma de gestión, como otros, se adentra en criterios técnico-económicos y deben diferenciarse nítidamente de otras valoraciones relacionadas con la conveniencia y oportunidad relativa a los propios servicios públicos. Así, la memoria a elaborar para elegir la forma de gestión debe diferenciarse del tradicional expediente de conveniencia y oportunidad que no se refiere al instrumento (forma de gestión) sino a la finalidad: prestar el servicio público.

En la actual regulación se han de conjugar distintos principios complementarios, pero con matices diferenciados. El artículo 85.2 exige específicamente los de eficiencia y sostenibilidad financiera y, como bien expresó el Tribunal Constitucional, desde los principios de eficiencia y eficacia se alcanza la estabilidad presupuestaria exigida y, añadimos nosotros, contribuye a la sostenibilidad financiera igualmente impuesta.

Se da la circunstancia que una pandemia está provocando una crisis económica no esperada y se acercan unas perspectivas complicadas; sin esperarlo se presenta una situación en la que las Administraciones públicas en general y las locales en particular han de mostrar si la eficiencia se ha incorporado a cada una de sus actuaciones. Tenemos muy recientes los importantes problemas generados por la anterior crisis cuando nos enfrentamos a la siguiente; sería bueno comprobar que las reformas normativas surten la efectividad pretendida y que hemos aprendido de los errores cometidos.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY GARCÍAS, J., *La recuperación de los servicios públicos locales, Texto actualizado a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, Civitas, Madrid, 2018. ISBN: 9788491977261.

ANDRÉS IBAÑEZ, P., *Tercero en discordia, Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*, Trotta, Madrid, 2015. ISBN: 978-84-9879-572-1.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., *Manual de Gestión de Servicios Públicos Locales (Doctrina, jurisprudencia y Formularios)*, El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, Madrid, 2005. ISBN: 978-84-7052-356-4.

BOTO ALVAREZ, A., “Redimensionamiento del sector público local”, en *La reforma del régimen local*, (Dir.) Quintan López, (Coord.) Casares Marcos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. ISBN: 978-84-9053-927-9.

CAMPOS DAROCA, J. M., *La reforma de la Ley de Bases de Régimen Local, Ley 27/2013, de 27 de diciembre*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2014. ISBN: 978-84-16018-70-3.

CARRASCO DÍAZ, D., BUENDÍA CARRILLO, D., y LLORENTE MUÑOZ, V., “Síntesis y análisis crítico del coste efectivo de los servicios públicos”, *Auditoría pública*, nº 67, 2016.

CHINCHILLA MARÍN, M. C., “El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del Derecho administrativo”, *Revista de Administración pública*, nº 200, mayo-agosto 2016.

DE JUAN ASENJO, O., *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984. ISBN: 978-84-25907-01-2.

DEL SAZ CORDERO, S., “La huida del Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 133, enero-abril, 1994.

DOMÉNECH PASCUAL, G., “Principios jurídicos, proporcionalidad y análisis económico”, en *Ponderación y Derecho administrativo*, Coordinadores: Luis Ortega y Susana de la Sierra, Marcial Pons, 2009. ISBN: 978-84-97686-75-4.

ESTEVE PARDO, J., “El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas”, *El cronista del Estado social y de Derecho*, nº 69, mayo, 2017.

GAMERO CASADO, E., “Criterios determinantes de la forma de gestión de los servicios públicos: especial referencia a la remunicipalización de servicios locales”, *Revista General de Derecho Administrativo* nº 52 (2019).

GARCÍA RUBIO, F., “La iniciativa económica local tras la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local”, *REALA nueva época*, nº 3, enero-junio, 2015.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., “El “sector público” como referente actual del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración pública*, nº 209, mayo-agosto, 2019.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Aranzadi, Navarra, 2018. ISBN: 978-84-91970-30-9.

HURTADO LÓPEZ, G., “El rediseño y redimensionamiento del sector público económico local”, en *La reforma de 2013 del régimen local español*, (Coord.) Santamaría Pastor, Juan alfonso Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid 2014. ISBN: 978-84-939146-5-3.

KONINCKX FRASQUET “Modos de gestión de los servicios públicos. Redimensión del sector público local y otras medidas de racionalización. En especial la gestión directa”, en *Reforma del Régimen Local, La ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: veintitrés estudios*, (Coord.) Domingo Zaballos, Manuel J.Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2014. ISBN: 9788490593165.

LAGUNA DE PAZ, J. C. “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios de los ciudadanos” *Revista de Administración Pública*, nº 204, septiembre-diciembre, 2017.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L., “Una aproximación de la Ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, nº 218-219, abril-septiembre, 1989.

LORENZO DE MEMBIELA, J. B., “Los principios de eficacia y organización en la estructura de la Administración pública”, *Revista de Administración Pública*, nº 164, mayo-agosto, 2004.

MALARET i GARCÍA, E., “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, nº 15, primer semestre, 2016.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., “El concepto de servicio público y el ejercicio de actividades económicas por las EELL”, en *La gestión de los servicios públicos locales*, Coordinador: José Manuel Martínez Fernández, José Manuel El Consultor de los Ayuntamientos, abril 2019. ISBN: 978-84-7052-487-5.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., “El sector público local: redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos”, en *La reforma del régimen jurídico de la Administración Local*, (Coords.) Carrillo Donaire, Juan Antonio y Navarro Rodríguez, Pilar El Consultor de los Ayuntamientos Madrid, 2014. ISBN: 978-84-7052-674-9.

MORENO MOLINA, J. A. “Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública” *Revista de Administración Pública*, nº 204, septiembre-diciembre 2017.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., “La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultados de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local”, *La administración al día*, INAP, 1/02/2018.

MONTOYA MARTÍN, E., “Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local, antes y después de la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 36, 2014.

MOTA SANCHEZ E., y MEDRANO GARCÍA, M. L., “Costes efectivos de los servicios públicos” en *Análisis y repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, (Dir.) Fernando García Rubio, INAP, Madrid, 2015. ISBN: 978-84-7351-449-1.

NAVARRO FAURE, A., “El Estado social y los principios del gasto público y de la deuda pública en una Hacienda globalizada”, en *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución Española*, (Dir.) López Garrido, Diego (Coord.) Martínez Alarcón, M^a Luz. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013. ISBN: 9788425915703.

ORTEGA ALVAREZ, L. I., “El reto dogmático del principio de eficacia”, *Revista de Administración Pública*, nº 133, enero-abril 1994.

PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo. Parte General*, 3^{ed}, Marcial Pons, Madrid, 1991. ISBN: 84-7248-110-7.

PAREJO ALFONSO, L., “La eficacia como principio jurídico”, *Documentación Administrativa*, nº 218-219, abril-septiembre 1989.

PONCE SOLÉ, J., “Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero”, *Gestión y análisis de políticas públicas, Nueva época*, nº 11, enero-junio, 2014.

RAMÓN FERNÁNDEZ, T. “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional”, *Revista de Administración Pública*, nº 187, enero-abril, 2012.

RUIZ ALMENDRAL V. y ZORZONA PÉREZ, J. “Constitución económica y Hacienda pública” en *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Coordinadores: Ramiro Avilés Miguel Ángel y Gregorio Peces Barba, Marcial Pons, 2004. ISBN: 84-9768-186-X.

SORIANO GARCÍA, J. E., *El poder, la administración y los jueces (A propósito de los nombramientos por el Consejo General del Poder Judicial)*, Iustel, Madrid, 2012. ISBN: 978-84-9890-207-5

SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2004. ISBN: 9788447022861.

TORNOS MAS, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *Cuadernos de Derecho local*, nº 43, 2017.

VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 186, septiembre-diciembre, 2011.

VILLAR ROJAS, F. J., “Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”, *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 58-59, 2016.

El principio de recuperación de costes en la Ley de Aguas de Andalucía: Estado de la cuestión.

The principle of recovery of the costs in the Andalusian Water Law: State of affairs.

Jesús Enrique Martín

Doctorando Universidad de Huelva

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO DE RECUPERACIÓN DE COSTES. 1. La implantación del principio en la Directiva Marco del Agua y en la legislación estatal. 2. Excepciones previstas. 3. Los instrumentos de recuperación de costes como medida básica. II. LA FISCALIDAD DEL AGUA EN ANDALUCÍA: 1. Principios generales. 2. Tributos regulados en la LADA. 3. Naturaleza jurídica de los cánones y tarifas. III. INGRESOS Y COSTES DEL SERVICIO DEL AGUA. INDICE DE RECUPERACIÓN DE COSTES. 1. Ingresos por la prestación del servicio. 2. Coste del servicio. 3. Índice de recuperación de costes. IV. REFORMA DE LA FISCALIDAD DEL AGUA. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas de Andalucía desaprovechó la ocasión para haber regulado un régimen económico-financiero propio sin remitirse a lo establecido en la legislación básica y, así, alcanzar la implantación del principio de recuperación de costes en Andalucía. Ello ha provocado que, al igual que en el resto de España, el porcentaje de recuperación de los costes sea inferior al 80% y que desde los sectores medioambientales y sociales se reclame con insistencia una reforma en profundidad de la fiscalidad del agua tanto en Andalucía como en España.

PALABRAS CLAVE: Fiscalidad del agua, Andalucía, Recuperación de costes.

ABSTRACT: Andalusian Water Law 9/2010, of July 30, wasted the opportunity to have regulated a separate economic and financial regime without referring to the provisions of the basic legislation and, thus, it achieve the implementation of the cost recovery principle In Andalucía. This has caused that, as in the rest of Spain, the percentage of cost recovery is less than 80% and that the environmental and social sectors insistently demand an in-depth reform of the water taxes both in Andalusia as in Spain.

KEY WORDS: Water taxes, Andalusia, Recovery of costs.

Recibido: 19-10-2021

Aceptado: 4-11-2021

I. EL PRINCIPIO DE RECUPERACIÓN DE COSTES

«El agua es un recurso natural escaso, indispensable para la vida y para el ejercicio de la inmensa mayoría de actividades económicas: es irremplazable, no ampliable por la mera voluntad del hombre, irregular en su forma de presentarse en el tiempo y en el espacio, fácilmente vulnerable y susceptible de usos sucesivos»¹ pero, a su vez, «no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal»². Lo que implica que es un bien natural sometido a una presión creciente, tanto cuantitativa como cualitativamente, que no está sometido a las reglas económicas generales del mercado.

Por lo que desde tiempos inmemoriales en España, el uso de las aguas (en especial de las superficiales) haya estado sometido a concesión real o administrativa y, que las principales obras hidráulicas necesarias para tal utilización hayan sido construidas y financiadas íntegramente por la Corona o el Estado³. No obstante, la falta de disponibilidad presupuestaria experimentada a lo largo del siglo XIX y XX para la ejecución de la totalidad de las obras propuestas por los servicios provinciales del agua, y más tarde por las confederaciones hidrográficas, hizo necesario repercutir una parte pequeña de esa inversión a los usuarios y beneficiarios de las obras hidráulicas realizadas por el Estado⁴ a través de los cánones y tarifas de utilización.

¹ Así comenzaba el preámbulo de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

² Del mismo modo la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (en adelante DMA) comenzaba así sus considerandos.

³ Hasta la Ley de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877, las obras hidráulicas y principalmente la ejecución de canales para la puesta en riego eran de iniciativa privada, con subvenciones y beneficios estatales: Leyes de 1849 y de 1870, que alcanzaban hasta dos tercios del presupuesto de las obras en un plazo de diez años. Práctica que retrasaba en exceso las obras y las hacía, a veces, inviábiles por el fuerte desembolso inicial y el largo plazo para amortizar las mismas por los regantes. Así, mediante la Ley de 5 de septiembre de 1896 el Estado tuvo que asumir las obras del Canal de Aragón y Cataluña, que habían sido concedidas por la Real Cedula de 25 de abril de 1833 de la regente María Cristina a una compañía de empresarios. Sería con la Ley Gasset de 7 de julio de 1911, que el Gobierno asumiría la responsabilidad de la realización de los pantanos y canales de riego para el fomento de la riqueza nacional. A este respecto se puede consultar, entre otros, el libro de MELGAREJO MORENO J. y BARCIELA LOPEZ C. (coord.), *El agua en la historia de España*, Universidad de Alicante, 2000, que analiza la gestión del agua desde el periodo andalusí hasta el siglo XX.

⁴ La incapacidad detectada en el siglo XX, de la inversión privada para la financiación de las infraestructuras hidráulicas, llevó a incluir en la Ley 29/1985 el canon de regulación y la tarifa de utilización (entre otros cánones) para repercutir durante su explotación los costes de las obras financiadas con fondos públicos sobre los usuarios beneficiados por dichas obras. Esta práctica se sigue manteniendo en el TRLA en el art.114.3, donde la cuantía anual se fija sumando las siguientes cantidades: total previsto de gastos de funcionamiento y conservación de las obras + gastos de administración del organismo imputables a la obra + 4% valor de las inversiones realizadas por el Estado. Autores como EMBID IRUJO, A., «Precios y mercados del agua», *Ingeniería del Agua volumen 4* núm. 1 (1997), pp. 13-14, con carácter previo a que se aprobara la DMA, ya venían criticando que «El agua es, pues, gratuita en nuestro sistema jurídico y al mismo tiempo, hay un fuerte componente de subvención a los precios que paga el usuario y que se refieren

Ello sin perjuicio de las tasas y precios públicos establecidos por la Administración autonómica y local, para la financiación de las obras hidráulicas realizadas dentro de sus competencias para la protección del medio ambiente (saneamiento, control de vertidos y restauración ambiental) y la gestión del ciclo urbano del agua respectivamente. Tributos que, aunque recaigan sobre el mismo objeto «el agua», no suelen considerarse jurídicamente como doble imposición por cuanto «la definición de los hechos imposables es diferente en cada caso»⁵. Solapamiento de diferentes figuras tributarias, que da lugar a una fragmentación tributaria y a ineficiencias económicas⁶. Lo que llevó a autores, como Rosembuj, a reclamar «el establecimiento de un único impuesto general sobre el consumo del agua, corregido en función de los usos y de las infraestructuras y del consumo mínimo exento para las rentas más bajas»⁷.

Fiscalidad del agua que, a nivel europeo, presenta también una gran disparidad impositiva, pudiéndose agrupar «en tres grandes bloques, según el tipo de hecho imponible que gravan: la captación de agua para usos consuntivos, la explotación de los recursos del dominio hidráulico y la contaminación de las masas de agua»⁸.

1. La implantación del principio en la Directiva Marco del Agua y en la legislación estatal

La creciente presión sobre los recursos hídricos en Europa y, el consiguiente empeoramiento de la calidad de los ecosistemas acuáticos, llevó a la Comunidad Europea

solo a la compensación al Estado por la realización de las obras hidráulicas que les beneficien y no al recurso en sí. Gratuidad y subvención forman, pues, dos características esenciales al sistema actual de precios del agua y son, precisamente, las hoy más fuertemente contestadas».

⁵ GARCÍA VALIÑAS, M.A. y ARBUÉS GRACIA, F.: «La fiscalidad del agua» en el Seminario: El agua en España: economía y gobernanza, Fedea, 2020, pp. 12-13. Como ejemplo de ello ponen la definición del hecho imponible de la Ley reguladora del canon de saneamiento de aguas en Baleares (Decreto Legislativo 1/2016, de 6 de mayo): «el vertido de aguas residuales manifestado a través del consumo real, potencial o estimado de aguas de cualquier procedencia» y de la Ley 2/1992, de 26 de marzo, de saneamiento de las aguas residuales de la Comunidad Valenciana: «la producción de aguas residuales, manifestada a través del consumo de agua de cualquier procedencia». Tributación autonómica que, como indicaban dichos autores en su ponencia, es muy variada, aunque principalmente se centra en el saneamiento y control de vertidos y los impactos negativos sobre el medio natural (sin perjuicio de los cánones y tasas aplicadas por las CCAA con competencias en la gestión del agua en sus cuencas intracomunitarias), buscando que los usuarios contribuyan a la financiación de las infraestructuras hidráulicas de depuración y reduzcan los niveles de contaminación de las aguas.

⁶ A este respecto se puede consultar los estudios realizados por el Ministerio de Hacienda en el año 2014: «Informe de la Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario español», <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2014/Documents/Informe%20expertos.pdf>; y la Comisión Europea en el año 2019: «Revisión de la aplicación de la política medioambiental. Informe de España», https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/report_es_es.pdf.

⁷ ROSEMBUJ, T.: «Los impuestos ambientales en las Comunidades Autónomas», *Quincena Fiscal* núm. 9 (2007), p. 15.

⁸ GARCÍA VALIÑAS, M.A. y ARBUÉS GRACIA, F. (2020: 2).

a aprobar la DMA⁹, en base a las competencias sobre el medio ambiente, establecidas en el art. 175 del Tratado constitutivo. Directiva en la que la fiscalidad ambiental se convierte en un instrumento preferente para alcanzar los objetivos de protección y uso sostenible del agua¹⁰. Así, el art. 9 de la citada DMA exige a los Estados miembros tener en cuenta el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, en base al análisis que deben realizar con arreglo al anexo III y, de conformidad con el principio de que quien contamina paga; y garantizar, a más tardar en 2010, que «la política de precios del agua proporcione incentivos adecuados para que los usuarios utilicen de forma eficiente los recursos hídricos y, por tanto, contribuyan a los objetivos medioambientales de la presente directiva, y una contribución adecuada de los diversos usos del agua, desglosados, al menos, en industria, hogares y agricultura, a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua».

«Precio del agua» que la Comisión Europea, en la síntesis de la Comunicación (2000) 477 de 26 de julio de 2000, definía como «el importe global o marginal que pagan los usuarios por todos los servicios relacionados con el agua (por ejemplo, tratamiento de las aguas residuales), incluido el aspecto ambiental», y proponía incluir en la tarificación del agua los siguientes costes:

- **Financieros:** costes directos que incluyen los gastos de prestación y administración, de explotación y mantenimiento, así como los de capital.
- **Ambientales:** costes de los daños que el uso del agua supone al ecosistema (por ejemplo, salinización o deterioro de los suelos productivos)¹¹.

⁹ La OCDE en el año 1987 publicó «Princing of Water Services», en el cual consideraba que la implantación del objetivo de «La eficiencia en la tarificación de los bienes y servicios relacionados con el agua significaría que los precios deben reflejar todos los costes en que se incurre para suministrar el bien o el servicio, toda vez que entre los costes se deben incluir los costes invisibles (externalidades y costes ambientales)». En la Declaración de Río de 1992, sobre Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, ya se puso de manifiesto la importancia del uso de instrumentos económicos (gravámenes, cánones, subvenciones, etc.) en materia ambiental y en especial en la gestión del agua. Así la Comisión Europea, en su Comunicación al Consejo al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, de 26 de julio de 2000, «Política de tarificación y uso sostenible de los recursos hídricos» [COM (2000) 477] exponía las grandes diferencias entre los sistemas de tarificación del agua en los Estados miembros (y sobre todo las frecuentes subvenciones o tarifas preferentes de que goza el sector agrario en los países del sur de Europa) y planteaba que «La política de tarificación del agua permite limitar la presión sobre los recursos hídricos y mantener las infraestructuras. Además, es preciso un planteamiento armonizado de la tarificación del agua para evitar las distorsiones de competencia que se derivan de una aplicación heterogénea de los principios económicos en el mercado interior». Planteamiento que, unos meses después, se recogería en la DMA.

¹⁰ Así se indica en el Documento de reflexión «Towards a Sustainable Europe by 2030», año 2019, realizado dentro del debate sobre el futuro de Europa, puesto en marcha con el Libro Blanco de la Comisión de 1 de marzo del 2017, con el objetivo de cumplir con los objetivos de desarrollo sostenible. https://ec.europa.eu/info/files/reflection-paper-towards-sustainable-europe_en.

¹¹ El art. 7.4 IPH establece que los costes ambientales deben valorarse como el «coste de las medidas establecidas para alcanzar los objetivos ambientales, incluyendo las adoptadas tanto por las adminis-

• De recursos: costes del agotamiento de los recursos que entraña la desaparición de determinadas oportunidades para otros usuarios¹².

Principio de recuperación de costes que se ha trasladado textualmente al art. 111bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (en adelante TRLA), sin variar ni un ápice los cánones y tarifas establecidos en la anterior Ley 29/1985 y actualmente regulados en el título VI del citado real decreto legislativo, que no repercuten la totalidad de los costes del servicio a los usuarios¹³. Incumplimiento del art. 9 de la citada DMA que no solamente afecta al Reino de España¹⁴, como así lo reconocía la propia Comisión Europea

traciones competentes como por los usuarios» (artículo 7.4 IPH). Coste que actualmente solo se repercuten en los tributos ambientales y en los impuestos o cánones de vertido. Ello considero que puede ser debido al riesgo de equiparar estos costes con una tasa por contaminar y a que los fondos recaudados no se utilicen para la reparación del medioambiente afectado, provocando un aumento injustificado de los cánones y tasas que, a juicio de GARCÍA VALIÑAS, M.A. y ARBUÉS GRACIA, F. (2020: 20), da lugar a ineficiencias económicas por solapamiento de tributos y «un rechazo social hacia estos tributos que, en última instancia provoque un intento por eludir su pago (como sucede con el Impuesto por la Contaminación de las Aguas de Aragón)».

¹² Del mismo modo el citado art. 7.4 IPH establece que el coste del recurso se valorará como el «coste de las oportunidades a las que se renuncia cuando un recurso escaso se asigna a un uso en lugar de a otro u otros». Por lo que solamente se debería valorar este coste en aquellos sistemas de explotación que tuvieran déficits estructurales y que como tal, existiera una escasez de recursos hídricos y una competencia entre los distintos usuarios para su aprovechamiento. En el resto de sistemas que no hubiera déficit o no existieran demandas insatisfechas, debería ser el recurso gratuito. Por lo general no se está aplicando coste alguno al recurso del agua, con la excepción del valor asignado al mismo en los contratos de cesión de derechos al uso del agua (arts. 67 y ss. TRLA y arts. 46 y 47 LADA). Coincido con MENÉNDEZ REXACH, A., «Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial, los contratos de cesión de derechos de aprovechamiento en la Legislación estatal de aguas» en EMBID IRUJO, A. (dir.): *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio*, Tomo I, 2002, p. 68, en que es «una contradicción que el titular del recurso [la Administración hidráulica] no cobre por el recurso del agua en las concesiones o autorizaciones temporales al usuario, y sin embargo, dicho usuario pueda vender el agua a terceros [o a la propia Administración en las compras realizadas por el Banco Público del agua] por un precio o compensación pecuniaria». Así, autores como ARIÑO ORTIZ, G. Y SASTRE BECEIRO, M.: *Leyes de aguas y política hidráulica en España*, Comares, 1999, p. 180, consideraban que debería establecerse «un precio inicial por el consumo de agua que tenga en cuenta la escasez del mismo y que sirva a los usuarios para vender a otros usuarios el volumen concedido no utilizado».

¹³ La transposición al derecho interno del citado principio por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, no ha variado la fórmula de cálculo de los citados cánones de regulación y tarifa de utilización, que sigue calculándose de la misma manera. DELGADO PIQUERAS, F., «La transposición de la Directiva Marco de Aguas en España», *Revista de Administración Pública* núm. 165 (2004), p. 211.

¹⁴ Así lo consideraba ARROJO AGUADO, P., «Costes de los servicios de agua y nivel de recuperación de costes» en *Fundación Nueva Cultura del Agua: Evaluación del primer ciclo de planificación hidrológica en España en aplicación de la Directiva Marco del Agua*, 2014, p. 248, basándose en que se siguen utilizando los tradicionales enfoques y normas nacionales en el régimen económico-financiero del agua fijados en el TRLA y RDPH; se elude contabilizar subvenciones y determinados costes importantes; no se aplican calendarios realistas y se va a plazos de 50 años de amortización; no se integra estadísticamente la previsible reducción de caudales en ciclos de sequía; no se contabilizan las pérdidas en los sistemas

en el año 2012 y se constata en el procedimiento sancionador abierto a la República Federal de Alemania (asunto C-525/12)¹⁵.

Así, tanto en España como en Andalucía, el agua como recurso hídrico sigue teniendo valor nulo, es decir, el agua es un recurso gratuito. El único valor o cuantía que se exige con los cánones y tarifas, actualmente establecidos en el TRLA y en la LADA, es la amortización o financiación de las obras de regulación, aducción, distribución o depuración necesarias, así como los gastos de gestión y explotación asociadas a las obras y al control administrativo. Lo que desincentiva el uso eficiente y responsable del agua, y no fomenta el ahorro del recurso hídrico, incumpliendo el principio de recuperación de costes fijado en la DMA.

No solo, no se ha modificado la regulación tributaria del régimen económico-financiero del servicio del agua para incluir los costes ambientales y del recurso, así como los costes de administración y mantenimiento del servicio, las subvenciones y los descuentos exigido por el art. 7 de la Instrucción de Planificación Hidrológica (en adelante IPH), aprobada por Orden ARM/2656/2008, de 10 de septiembre; sino que se han venido incluyendo excepciones al principio de recuperación de costes en los planes hidrológicos basándose en las consecuencias sociales, ambientales y económicas, así como en las condiciones geográficas y climáticas de cada territorio¹⁶, permitidas en el art. 11 bis.3 en aplicación del art. 9.4 DMA.

de regulación y transporte; el descuento de la cuota correspondiente a la laminación de avenidas; no se asumen adecuadamente los costes de mantenimiento y reposición de las infraestructuras; y se realiza la fijación de las tarifas y cánones una vez finalizada la obra. Y también lo reconoce la Comisión Europea (2019: 220-221): «En resumen, las recomendaciones de la Comisión Europea únicamente se abordan de manera limitada (por ejemplo, no se aprecian cambios en el tratamiento de la recuperación de costes para la autocaptación a partir de aguas subterráneas y no se han facilitado indicaciones sobre cómo armonizar los mecanismos de recuperación de costes en virtud del principio de “quien contamina paga”».

¹⁵ Así, en la Comunicación de la Comisión Europea «Plan para salvaguardar los recursos hídricos de Europa» de 14/11/2012, p. 12, se reconocía que «en todos los Estados miembros y sectores consumidores de agua no se aplica una tarificación del agua transparente e incentivadora, debido particularmente a la ausencia de medición. Únicamente el 49% de los Planes Hidrológicos de cuenca se proponen modificar el sistema de tarificación del agua a fin de fomentar un consumo más eficiente de la misma, y solo el 40% de ellos incluyen medidas encaminadas a mejorar la medición del agua. Puede considerarse que el hecho de no fijar el precio de un recurso escaso como el agua constituye una subvención perjudicial para el medio ambiente. Además, la interpretación restringida del concepto de servicios relacionados con el agua que aplican algunos Estados miembros está obstaculizando el avance en la aplicación de políticas de recuperación de los costes que van más allá del agua potable y el saneamiento. Ello limita considerablemente los efectos potenciales de estas disposiciones de la DMA». Interpretación restringida del concepto de servicio del agua que, en el proceso abierto a Alemania por el Tribunal de Justicia de la UE, otros Estados miembros como Dinamarca, Hungría, la República de Austria, la República de Finlandia, Suecia y el Reino Unido mantuvieron con objeto de aplicar el principio de recuperación de los costes solo al abastecimiento de agua potable y a la depuración de las aguas residuales urbanas.

¹⁶ EMBID IRUJO, A. (1997: 14) ya indicaba con anterioridad a la DMA, en contestación a las posiciones ecologistas que solicitaban un precio adecuado para el agua para inducir a un menor consumo,

2. Excepciones previstas

El art. 9 DMA, traspuerto al art. 111bis.3 TRLA, posibilita a los Estados miembros la aplicación de excepciones a la recuperación de costes, siempre y cuando ello no comprometa ni los fines ni el logro de los objetivos de la DMA y se deba a particularidades sociales, medioambientales y económicos en las áreas afectadas, así como a la existencia de determinadas características climáticas y geográficas. Excepciones que se deben justificar en los planes hidrológicos, de acuerdo con las directrices establecidas por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, en base a la cohesión territorial, a la mejora en la eficiencia o productividad de las explotaciones en zonas desfavorecidas, falta de economía de escala en pequeños municipios, actuaciones urgentes y de emergencia (como situaciones de sequía y protección contra las avenidas), capacidad de pago de los usuarios (urbanos y agrícolas) y a actuaciones de restauración hidrológica-forestal de riberas o acondicionamiento de cauces¹⁷.

Excepciones que, tras la modificación realizada por la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, se deberán adoptar por el ministerio competente en las cuencas intercomunitarias (tras el informe propuesta

que «el mantenimiento de una política de subvenciones al precio del agua puede, quizá, ser calificado como contradictorio con los mecanismos tradicionales del mercado postulados por los defensores de éste pero, sin embargo, perfectamente congruente con ciertos hechos sociales y económicos que una colectividad organizada no puede desconocer» y, entre ellas, especificaba «la necesidad de ponerla al alcance de cualquier ciudadano con independencia de su capacidad de pago, para que éste pueda, simplemente, desarrollar una vida con la calidad que la misma Constitución postula (art. 45.2 CE) y en el marco de una existencia digna (art. 10 CE). Igualmente, el puro sistema de aplicación de un precio real olvida el alejamiento de las fuentes del recurso que determinados asentamientos poblacionales pueden tener y los consiguientes costes adicionales de la producción del agua que si son trasladados mecánicamente a los usuarios pueden oponerse a políticas de ordenación territorial».

¹⁷ La Administración competente debe cumplir lo establecido en el art.9.4 DMA, que exige a «[l]os Estados miembros inform[ar] en los planes hidrológicos de cuenca de los motivos por los que no han aplicado plenamente la segunda frase del apartado 1». Excepciones cuyo coste no suele recogerse en los planes hidrológicos, pero que se estima que en materia de laminación de avenidas pueden variar entre el 1/3 y 4/5 del coste de algunas infraestructuras (porcentaje este último alcanzado en la presa de Casasola). No obstante, en el Plan Hidrológico de la Demarcación del Guadalquivir (2009-2015) se incluyó una propuesta al ministerio para establecer una excepción al principio de recuperación de costes en las infraestructuras de alta o baja en municipios pequeños y en zonas rurales o desfavorecidas, cuya renta municipal se sitúe por debajo del 75% de la media de la demarcación hidrográfica, o en aquellos casos en que el incremento de coste por dichas obras supere el 8% anual acumulativo. Del mismo modo, se admite la excepción para la parte subvencionada de las inversiones con destino a la modernización de regadíos, siempre que se acredite que no se comprometen ni los fines, ni los logros ambientales establecidos en el plan. Esta propuesta se ha mantenido en el plan del segundo ciclo (2016-2021). En otras demarcaciones se han establecido excepciones generalizadas para territorios enteros, como en el Ebro, o para determinado tipo de costes, como en el Guadiana. Excepciones todas ellas que no estaban justificadas adecuadamente de acuerdo con la DMA, y que por ello considero necesario avanzar en este tema, principalmente desde el punto de vista normativo, fijando por el Estado y las CCAA competentes un canon o tarifa del agua, que recupere íntegramente los costes del servicio, incluido el coste del agua.

del organismo de cuenca) o por la consejería competente en las intracomunitarias, siempre que se justifique que no se comprometen ni los fines, ni los logros ambientales, del plan hidrológico correspondiente¹⁸. Y en base al art. 42.1.f) TRLA, los citados planes hidrológicos deben incluir un resumen del análisis económico del uso del agua, con una descripción de las situaciones y motivos que permiten establecer excepciones en la aplicación del principio de recuperación de costes. Información que es desarrollada en el art. 42 del Reglamento de Planificación Hidrológica (Real Decreto 907/2007, de 6 de julio).

Por lo que los costes asociados a los servicios del agua, serán financiados mayormente a través de los presupuestos generales de las Administraciones estatal, autonómica y local. Lo que imposibilita, en estos casos, la aplicación del principio de recuperación de costes, no incentiva el ahorro de recursos e introduce desigualdades y distorsiones, principalmente en el servicio de agua urbano. Por ello, Jiménez Compaired propone regular de manera armónica la definición de los grupos beneficiarios de la ayudas, las condiciones objetivas de las ayudas, evitando subvencionar el consumo innecesario y despilfarrador, y disponer fórmulas de ayuda por fuera de las tarifas¹⁹.

3. Los instrumentos de recuperación de costes como medida básica

El art. 11 DMA exige que en el programa de medidas se incluyan, como medidas básicas, aquellas que se consideren adecuadas para aplicar el principio de recuperación de costes. Y el art. 44 del Real Decreto 907/2007 incluye entre las medidas básicas (requisitos mínimos que deben cumplirse en cada demarcación) a «las medidas para la aplicación del principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con la gestión de las aguas». Medidas que «podrán incluir propuestas de revisión y actualización de las estructuras tarifarias, especialmente en relación con la incorpo-

¹⁸ Para EMBID IRUJO, A. (2015:55-57), con este cambio legislativo se rebaja significativamente la importancia de la planificación hidrológica en la gestión del agua, al derivarse el establecimiento de las excepciones al ministerio en detrimento de los planes hidrológicos. Pérdida de competencia que la Dirección General del Agua, en enero del año 2017, ha reconocido en la Síntesis de los Planes Hidrológicos Españoles, segundo ciclo de la DMA (2015-2021), al indicar que: «cualquier mención que en este sentido pueda aparecer en los planes hidrológicos, respecto a criterios o propuestas para eximir de la aplicación del principio de recuperación del coste de los servicios del agua en atención a circunstancias motivadas, tiene únicamente carácter de propuesta previa. Para la materialización, en su caso, de la mencionada propuesta, será preciso desarrollar el mecanismo previsto en el artículo 111 bis.3 del TRLA, que requiere de una resolución de la Administración competente tras contar con el informe previo y motivado del organismo de cuenca. En el ámbito de la Administración General del Estado, esta resolución corresponde al MAGRAMA».

¹⁹ JIMENEZ COMPAIRED, I., «Informe sobre la reforma de la fiscalidad del agua en España», Libro verde de la gobernanza del agua en España, MITECO, 2020, pp. 42-43. Asimismo, el autor propone una regulación general del protocolo de corte de suministro de agua urbana en el caso de impago.

ración de los costes ambientales y del recurso, incluyendo fórmulas de valoración de daños al medio ambiente» (art. 46 del mencionado real decreto).

Para lograr una implantación lo más extensa posible de los principios establecidos en la DMA, entre ellos el principio de recuperación de costes en la gestión de los usos del agua, la Comisión Europea editó, a través de la Common Implementation Strategy, the Guidance document num. 1 Economics and the environment (2003). Implantación del principio de recuperación de costes en los usos del agua, preferentemente en el regadío, que se refuerza al condicionar la inversión de los fondos europeos a las políticas de ahorro de agua en el Reglamento (UE) 1303/2013, de 17 de diciembre. El cual exige que «las inversiones [fueran] coherentes con la categorización de la gestión del agua en consonancia con la Directiva 2000/60/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, centrándose en las opciones de gestión de la demanda [...] solo se estudiaran opciones de suministro alternativas cuando se haya agotado el potencial de ahorro de agua y eficiencia», condicionando la recepción de fondos del marco 2014-2021 a la «existencia de una política de tarificación del agua que ofrezca incentivos adecuados para que los usuarios hagan un uso eficiente de los recursos hídricos y una contribución adecuada de los diversos usos del agua a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, a un nivel determinado en el PHC aprobado para la inversión apoyada por los programas».

A pesar de que el Tribunal de Justicia de la UE, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 11 de septiembre de 2014 (C-525/12), contra la República Federal de Alemania²⁰, reconoce que «sin perjuicio de la importancia de la políticas de precios del agua y del principio de que quien contamina paga, como reafirma dicha Directiva, debería darse prioridad a las acciones que son responsabilidad de los Estados miembros, elaborando programas de actuaciones adaptadas a las condiciones locales y regionales», en las recomendaciones realizadas por la Comisión Europea a España en el año 2018 pedía «[a]segurarse de que los instrumentos de recuperación de costes se adapten lo antes posible a la DMA a fin de garantizar que ofrecen incentivos adecuados para un uso eficiente del agua. Asimismo, los ingresos de los instru-

²⁰ El recurso por incumplimiento del citado art. 9 DMA se interpuso al excluir a determinados servicios (producción hidroeléctrica, navegación, protección contra inundaciones, extracción con fines de irrigación e industriales y el autoconsumo) de la aplicación del principio de recuperación de costes. En dicha sentencia se desestimó el recurso basándose en que «las medidas relativas a la recuperación de los costes constituyen uno de los instrumentos de que disponen los Estados miembros de gestión cualitativa del agua destinada a un uso racional del recurso», pero no son las únicas posibles, por cuanto el propio art. 9 «prevé que los Estados miembros están autorizados, en determinadas circunstancias, a no aplicar la recuperación de los costes a una actividad de uso del agua determinada, en la medida en que ello no cuestiona los objetivos que dicha Directiva pretende alcanzar ni compromete la consecución de aquellos». Por tanto, el hecho de que un Estado miembro «no someta algunas de dichas actividades al referido principio no permite, por sí solo, al margen de cualquier otra imputación, afirmar que dicho Estado miembro ha incumplido por ello las obligaciones establecidas en los artículos 2, punto 38 y 9 de la Directiva 2000/60».

mentos de recuperación de costes deben ser suficientes para que las Confederaciones hidrográficas ejecuten de manera eficaz sus tareas de gestión del agua (actualización y mantenimiento de un registro de captaciones, controles, etc.)» y «[d]esarrollar una armonización básica de los elementos mínimos que van a incluirse en las tarifas hídricas para el suministro de agua potable y el tratamiento de aguas residuales de manera que los segundos planes hidrológicos garanticen la sostenibilidad a largo plazo de las inversiones en protección del agua en todo el país»²¹.

A este respecto, la Dirección General del Agua considera que «[c]onforme a los compromisos asumidos en el Acuerdo de Asociación, una vez reunida y cohesionada toda la información requerida a este respecto para las 25 demarcaciones hidrográficas españolas, habrá que estudiar la idoneidad de los instrumentos de recuperación actualmente disponibles de cara a valorar su utilidad para el logro de los objetivos de la planificación y, en su caso, revisarlos en el futuro. En todo caso, debe quedar claro que estos nuevos planes hidrológicos del segundo ciclo no modifican el régimen económico financiero vigente, entre otras razones porque la regulación de tales conceptos está constitucionalmente vinculada a la ley, quedando por tanto fuera del alcance normativo de los reales decretos aprobatorios de los planes hidrológicos»²². En el apartado III de este artículo se analizará el porcentaje de recuperación de costes estimados en los mencionados planes hidrológicos.

²¹ Recomendación realizada en el «Informe sobre la aplicación de los Planes Hidrológicos de Cuenca de la Directiva Marco del Agua Estado miembro: España», Comisión Europea, Bruselas, 17/7/2018, y que en el segundo informe emitido por la Comisión Europea el 26/2/2019 se considera que solamente España la había abordado de manera limitada, en especial en cuanto a la falta de armonización de los mecanismos de recuperación de costes, en virtud del principio de quien contamina paga.

²² DIRECCIÓN GENERAL DEL AGUA (2017: 92). En el informe de posición de los servicios de la Comisión sobre el desarrollo del Acuerdo de asociación y de programas en España para el periodo 2014-2020, elaborado en octubre de 2012, se establecía como retos de España en el Marco Estratégico Común de la UE: el uso más eficiente de los recursos naturales y la mejora de la gestión del agua reduciendo la demanda (por medio de una adecuada política de recuperación de los precios de coste) y la presión sobre los recursos existentes (mejorando la eficiencia de las redes y de los sistemas de riego). Para ello, España se comprometió a cumplir antes del 31/12/2016 que:

- Los PHC del segundo ciclo incorporarían una estimación homogénea del grado de recuperación de los costes de los servicios del agua, incluyendo la parte correspondiente a los costes ambientales totales que no hayan sido previamente internalizados, así como una estimación del coste del recurso en condiciones de suministro normales, conforme al escenario de planificación previsto para 2021. Todo ello tomando en consideración, cuando procediera, los efectos sociales de la recuperación, así como las condiciones geográficas y climáticas de la región o regiones afectadas. (Plazo cumplimiento: 4º trimestre 2015).

- Estudiar la idoneidad de los instrumentos de recuperación de costes incluidos en cada PHC para la consecución de los fines de la DMA y, en su caso, revisarlos a la luz de resultados de los análisis económicos que se contienen en cada plan. (Plazo cumplimiento: 4º trimestre de 2016).

II. LA FISCALIDAD DEL AGUA EN ANDALUCÍA

Sobre la base del reparto competencial establecido en los arts. 148 y 149 CE, el art. 50.1.a) del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007 fija la competencia exclusiva sobre los «[r]ecursos y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, cuando las aguas transcurran por Andalucía» y, del mismo modo, en el art. 56.7 «en materia de planificación, construcción y financiación de las obras públicas en el ámbito de la Comunidad, siempre que no estén declaradas de interés general por el Estado». Para el desarrollo de las citadas competencias, la CA de Andalucía dispone de «un espacio fiscal propio integrado por sus recursos de naturaleza tributaria, en el que desarrollará el ejercicio de sus competencias normativas de acuerdo con lo previsto en el artículo 157.2 de la Constitución Española y la gestión, liquidación, inspección, revisión y recaudación de los mismos» (art. 175.2 del Estatuto), que debe ejercer dentro de los principios de «lealtad institucional, coordinación y colaboración con la Hacienda estatal y con las restantes haciendas públicas»²³. Competencias, cuyo desarrollo normativo se realiza en los capítulos I y II del título I de la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas de Andalucía (en adelante LADA)²⁴.

Así, el art. 8.1.m) LADA establece como competencia de la Administración autonómica «[l]a regulación de los criterios básicos de tarificación del ciclo integral del agua de uso urbano, tales como el número de tramos de facturación y los consumos correspondientes a cada uno de ellos, los periodos de facturación, conceptos repercutibles, fijos y variables, y cualesquiera otros que permitan una facturación homogénea en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin perjuicio de la facultad de los entes locales para la fijación del precio de las tarifas». Regulación fiscal que debe respetar el principio establecido en su art. 5.11 de «Recuperación de costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes de las infraestructuras hidráulicas, medioambientales y los relativos al recurso, de conformidad con el principio de que

²³ Competencias extraídas de los arts. 50.1.a), 56.7, 175.2.d) y e) del citado Estatuto de Autonomía de Andalucía. Para una mayor profundización en el tema se pueden consultar, entre otros, a PARDO FALCON, J. (coord.) «Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía», Parlamento de Andalucía, 2012.

²⁴ En el año 2006, la Agencia Andaluza del Agua comenzó la redacción del Anteproyecto de Ley de «Gestión del ciclo integral del agua de uso urbano y medidas de fiscalidad del agua en Andalucía». Anteproyecto que no llegó a tramitarse y, que en el año 2010, sería sustituido por la Ley 9/2010 de Aguas de Andalucía. Este anteproyecto constaba de tres capítulos y cuarenta y cuatro artículos, donde en su capítulo III se regulaba la fiscalidad del agua: las tasas de aducción y depuración (sección 1^o) y el impuesto del agua (sección 2^o). Impuesto del agua cuyo objeto, a juicio del Consejo Económico y Social de Andalucía en su Dictamen 8/2007 de 17 de mayo, debía ser desincentivar los usos abusivos y no sufragar los costes de infraestructuras hidráulicas, que deben contemplarse en los presupuestos generales de la CA de Andalucía (p.7). Lo que unido a que la articulación del impuesto no era coherente con los principios de igualdad y progresividad, hacía que el citado consejo considerara «oportuno una modificación en profundidad de todo lo referente al tema del impuesto sobre el agua, que permita mayor diálogo y consenso social y una adaptación más adecuada al contenido y el espíritu de la Directiva Marco del Agua».

quien contamina paga y de forma que se incentive un uso responsable y se penalice el despilfarro», posteriormente reiterado en el art. 64 LADA, que remite a su vez a lo establecido en el art. 111bis.3TRLA.

1. Principios generales

En la gestión del agua debe primar la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes de las infraestructuras hidráulicas, medioambientales y los relativos al recurso, de forma que se incentive un uso responsable y se penalice el despilfarro. Para ello, los cánones y tarifas aplicados a los usuarios deben incorporar la amortización de las infraestructuras correspondientes, los gastos de conservación de las inversiones, los costes ambientales provocados e incluso el valor del agua en sí mismo. Principio que pretende, a juicio de Arrojo Agudo, «evitar el despilfarro del agua y fomentar un uso responsable, que hagamos un mejor uso de un bien público y compartido, y que la política de aguas sea más sostenible»²⁵. La única opción para incentivar un uso razonable del agua y el ahorro de los recursos hídricos, según la DMA, es ajustar las tarifas que pagan los consumidores a los costes reales del recurso.

Asimismo, este principio cobra una especial importancia en la elaboración de los planes hidrológicos de las demarcaciones intracomunitarias, por cuanto el art. 24.4.f) LADA exige, siguiendo como era esperable las directrices de la DMA y del art. 42.1.f) TRLA, «[l]a evaluación económica de los costes derivados de la planificación deberá incluir los costes ambientales, así como la financiación de los mismos, teniendo en cuenta el principio de recuperación de costes y, en relación con el mismo, los efectos sociales, medioambientales y económicos de la recuperación y las condiciones geográficas y climáticas propias de Andalucía»²⁶. Pero es en el art. 64 LADA, donde se recoge expresamente el mandato a la Administración andaluza del agua de tener en cuenta el principio de recuperación de costes en los servicios relacionados con la gestión de las aguas.

Dicho art. 64 LADA define los principios generales del régimen económico-financiero aplicable a las cuencas hidrográficas intracomunitarias en materia de agua (título VIII), de forma similar a lo establecido en el art. 111.bis TRLA y en el art. 9 DMA. Donde, a diferencia de lo expresado en el art. 5 LADA, al redactor se le olvidó incluir

²⁵ ARROJO AGUADO, P., «Más claro, agua. Una visita guiada a los principios de la Directiva Marco del Agua», Seminario sobre el Voluntariado para la Conservación de Ríos y Riberas, CENEAM, Ministerio de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente, 2007, pp. 10-12.

²⁶ Del mismo modo el art. 25.5.d) LADA exige que los programas de medidas en los planes hidrológicos de las demarcaciones intracomunitarias incluyan un «Estudio económico de los costes y financiación de las medidas incluidas en el programa y, en especial, para construcción de nuevas infraestructuras, con identificación de las mismas, mantenimiento y conservación de las existentes, servicios que preste la Administración en la gestión del agua y costes ambientales derivados del uso del agua, que deberán ser recuperados, de acuerdo con las disposiciones en vigor, mediante su reperCUSión a los usuarios y personas beneficiarias en general».

la referencia a «los costes de las infraestructuras hidráulicas» y solo mencionó «los costes ambientales y del recurso». Lapsus que también ocurre en el apdo. 1 del mencionado art. 111.bis TRLA, al no incluir esta referencia a las infraestructuras hidráulicas, aun cuando en su art. 114 establece un canon de regulación destinado a compensar los costes de la inversión (en infraestructuras hidráulicas) que soporte la Administración. Aunque ello, no debe hacernos dudar de la consideración de los costes de las infraestructuras, incluidos su mantenimiento y financiación, en la estimación de los cánones y tarifas a satisfacer por los usuarios por el servicio del agua, por cuanto los mismos se incluyen expresamente en el art. 114.3 TRLA.

A pesar de que el citado art. 64 LADA exige incluir los costes ambientales y del propio recurso del agua en el coste de los servicios relacionados con la gestión del agua, en ninguno de los treinta y ocho artículos de que se compone el título VIII para regular los cánones de mejora, canon de regulación y tarifa de utilización, y canon de servicios generales se establece coste alguno ambiental, ni se pone precio al recurso hídrico. Incumpliendo, al igual que ocurre en la legislación básica estatal, las directrices del susodicho art. 9 DMA. Lo que ha llevado a expertos, como Corominas Masip y otros, a cuestionar la trasposición realizada del citado art. 9.1 DMA, por cuanto puede producir confusión en la aplicación del principio de quien contamina paga²⁷.

Siguiendo los postulados establecidos en el mencionado art. 111bis.1 TRLA, el último párrafo del citado art. 64 LADA incluye expresamente la prohibición de doble imposición en materia tributaria, al exigir a las Administraciones establecer «los oportunos mecanismos compensatorios para evitar la duplicidad en la recuperación de costes de los servicios relacionados con la gestión del agua». En base a ello, la CA de Andalucía debe velar porque los tributos creados en el título VIII de la LADA no tengan el mismo hecho imponible que los tributos estatales y locales y, así, garantizar que sobre los ciudadanos no recaiga la obligación material de pagar doblemente por un mismo hecho imponible²⁸. Como indica Sánchez Galiana, «sería conveniente que la Ley [9/2010 de Aguas de Andalucía], y en respeto ante todo a la normativa comu-

²⁷ COROMINAS MASIP, J., HERNÁNDEZ-MORA, N., LA CALLE, A. y LA ROCA, F.: «Recuperación de costes del agua. Diagnóstico de los segundos planes hidrológicos y propuestas de mejora», Fundación Nueva Cultura del Agua, 2017, pp. 16-20. Para FANLO LORAS, A. «Los planes de gestión y los programas de medidas en la Directiva Marco de Aguas. Su confusa transposición al Derecho español», Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja (2006), p. 59, no ha existido trasposición en sentido técnico de la DMA en la Ley 62/2003, sino «simple traslatio o copia íntegra del contenido de su anexo VII, que se ha añadido –reestructurado– al contenido del antiguo art. 40 LAg, resultando el extensísimo –y confuso– art. 42 TRLAg, que altera nuestro modelo de planificación hidrológica». Por ello plantea que hubiera sido preferible hacer unos ligeros retoques al citado art. 40 LAg para mantener nuestro modelo de planificación hidrológica como instrumento jurídico-administrativo de naturaleza normativa.

²⁸ Los límites y condiciones a los tributos autonómicos y municipales se recogen respectivamente en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en

nitaria, previese expresamente los mecanismos que evitasen cualquier duplicidad de gravamen con la fiscalidad estatal o la local»²⁹.

Fiscalidad del agua que debe someterse también a la legislación tributaria autonómica y estatal (art. 66 LADA) y, aunque no se indique expresamente en la LADA, a los principios rectores de la potestad tributaria establecidos en el art. 179 del Estatuto de Autonomía: «La potestad tributaria se ejercerá con arreglo a los principios constitucionales de capacidad económica, justicia, generalidad, igualdad, equitativa distribución de la carga tributaria, progresividad y no confiscatoriedad». Principios de obligado cumplimiento para todos los tributos que se creen en Andalucía, incluida la fiscalidad del agua.

Asimismo, aunque no lo exija la LADA, es de aplicación el principio de solidaridad interterritorial o regional³⁰, que está posibilitando la inversión de los ingresos derivados del canon de mejora de infraestructuras hidráulicas de depuración de interés de la CA de Andalucía con independencia del lugar de tributación de los usuarios del agua u obligados tributarios, permitiendo a los municipios de menor población disponer de infraestructuras de depuración y saneamiento de coste elevado, que de otra forma no tendrían recursos económicos propios suficientes para sufragar dicha inversión, o la tarifa del canon de mejora local resultante sería desmesurada³¹.

Finalmente habrá que tener en cuenta el principio de asequibilidad, recogido en la disposición adicional decimosexta de la LADA (tras su inserción por la Ley 8/2018, de

adelante LOFCA), de 27 de diciembre y en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Haciendas Locales.

²⁹ SANCHEZ GALIANA, J.A., «La fiscalidad del agua en Andalucía», Ponencia del seminario: Financiación del agua, septiembre de 2011, Facultad de Dret, UB, p. 3.

³⁰ El Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, en declaraciones a Europa Press el 29/09/2015, aclaró «que desde 2010, con la aprobación de la Ley de Aguas, la Junta dio un paso adelante declarando obras de Interés autonómico y creando un instrumento financiero pionero, es decir, un canon de mejora de infraestructuras hidráulicas de carácter “finalista, solidario, progresivo y de ámbito regional”. Desde entonces y hasta diciembre de 2014 el Gobierno andaluz ha invertido un total de 381,5 millones de euros en obras declaradas de Interés de la Comunidad para cumplir con los objetivos de calidad de las aguas». Asimismo, el consejero explicó que «lo recaudado en cada uno de los núcleos urbanos se emplea en pagar todas las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos de depuración, con independencia de su lugar de ejecución». <https://www.europapress.es/andalucia/sevilla-00357/noticia-fiscal-apela-apoyo-interadministrativo-depurar-aguas-pone-valor-importancia-canon-mejora-20150929203516.html>.

³¹ Este canon de mejora local, optativo para las EELL, debe establecerse por la CA de Andalucía a petición expresa de las EELL y cuyo importe temporal será fijado por la consejería competente en materia de agua en «las cuantías necesarias para que la suma de los ingresos obtenidos durante la vigencia de la misma, sean los suficientes para cubrir las inversiones a realizar y, en su caso, los costes financieros que generen las mismas y sin que su importe total pueda superar el de las tarifas vigentes de abastecimiento y saneamiento del agua». Limite que imposibilitaría realizar grandes inversiones en pequeñas poblaciones, de no ser porque a través del principio de solidaridad regional se destinen fondos del canon de mejora autonómico para la realización de dichas inversiones.

8 de octubre) como el derecho humano al agua como mínimo vital³². Principio defendido ya en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en el año 2002 (observación general núm. 15: «derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico») y avalado por la OMS en el año 2003 en «The right to wáter».

2. Tributos regulados en la LADA

El título VIII de la LADA, arts. 64 a 102, regula el régimen económico-financiero en materia de agua en Andalucía, sin perjuicio de la aplicación en las cuencas hidrográficas intercomunitarias de las figuras tributarias creadas en el TRLA y de la aplicación de las tasas y precios públicos aprobados por las EELL en la gestión del ciclo urbano del agua. A tales efectos, el art. 71 LADA establece, como no podía ser de otra forma, la compatibilidad de los cánones regulados en dicha ley «con los tributos locales destinados a la financiación de los servicios del ciclo integral del agua de uso urbano, así como con los cánones y tarifas regulados en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, en los términos previstos en esta Ley». El fraccionamiento y heterogeneidad de la tributación en materia de agua de las distintas Administraciones públicas puede producir duplicidad impositiva y, sobre todo, rechazo social por ineficientes, por lo que habría sido conveniente que se hubieran regulado expresamente todos aquellos supuestos en los que se puede producir doble imposición a los usuarios del agua³³.

En dicho título se regulan, expresamente, el canon de mejora autonómico y local (capítulo II), el canon de regulación y tarifa de utilización y el canon de servicios generales (capítulo III). Lo que no impide que se apliquen los cánones y tarifas regulados en la legislación básica estatal, tanto en las cuencas intercomunitarias (con carácter obligatorio), como en las intracomunitarias (con carácter supletorio)³⁴, ni que el canon

³² A pesar de no estar consagrado en el texto original de la LADA este mínimo vital, ya se preveía en el art. 87 la exención de dos metros cúbicos por vivienda y mes en la cuantía del canon de mejora.

³³ Así lo consideran también autores como SANCHEZ GALIANA, J.A. (2011: 3) o GARCIA VALIÑAS, M.A. y ARBUÉS GRACIA, F. (2020: 20-21). Para evitar esta doble imposición en materia de vertidos, el art. 81 LADA establece expresamente que están exentos del canon de mejora autonómico «los usos urbanos cuyos vertidos se realicen al dominio público hidráulico que estén gravados con el Canon de control de vertidos del 113 del RDL 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, así como por los usos urbanos cuyos vertidos se realicen al dominio público marítimo terrestre incluidos en el ámbito de aplicación del Impuesto sobre vertidos a las aguas litorales, regulado en la sección III del capítulo I, de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas»; y del mismo modo, la disposición transitoria séptima exigía adecuar los cánones de mejora locales aprobados con anterioridad a la LADA y que financien obras de depuración, para evitar la doble imposición. Adecuación que se realizó por Orden de 19 de abril de 2011 de la Consejería de Medio Ambiente (BOJA núm. 84, de 30 de abril).

³⁴ El régimen económico-financiero se regula, someramente, en el título VI del TRLA (tan solo cinco artículos) y, mayormente, en el título IV del RDPH, que se compone de veintinueve artículos y cuatro capítulos. De los cuatro capítulos del RDPH, tan solo tienen carácter básico los dos primeros, que regulan

de mejora autonómico se aplique a todo el ámbito territorial de Andalucía como tributo propio que es, con independencia de los establecidos por los organismos de cuenca estatales y las EELL. Así, los ingresos aplicables en materia de agua en Andalucía serían³⁵:

- Cánones y tributos por el uso del agua:
 - Canon de regulación y tarifa de utilización del agua (art. 114 TRLA y arts. 97 a 99 LADA).
 - Canon de servicios generales (arts. 100 y 101 LADA).
 - Canon por aprovechamiento hidroeléctrico (arts. 60 y 79 TRLA, arts. 132 y ss. RDPH).
 - Canon de mejora autonómico (arts. 79 a 90 LADA).
 - Canon de mejora local (arts. 91 a 96 LADA).
 - Canon de trasvases (art. 72 TRLA y normativa propia del trasvase).
 - Derrama de riego (art. 83 TRLA).
 - Tarifa de amortización y tarifa de explotación de las sociedades estatales del agua (art. 126 TRLA).
 - Tarifa municipal por la prestación del servicio de suministro de agua, alcantarillado y depuración (Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y el Decreto 120/1991 que establece el Reglamento del Suministro Domiciliario de Agua).
- Cánones y tributos por el uso del Dominio Público Hidráulico (en adelante DPH) o del Dominio Público Marítimo-Terrestre (en adelante DPMT) y los vertidos a ambos:
 - Canon de control de vertidos al DPH (arts. 101, 105, 109 y 113 TRLA).

el canon de ocupación y el canon de control de vertidos, mientras que los dos capítulos siguientes, dedicados al canon de regulación y tarifa de utilización y actos de liquidación, solo tienen un carácter supletorio a la legislación autonómica.

³⁵ Todos estos ingresos no se aplican homogéneamente en el ámbito territorial de la CA de Andalucía, variando su cuantificación en función de la Administración hidráulica que gestione la cuenca hidrográfica o ejecute la infraestructura hidráulica, e incluso de la comunidad de regantes que aplique la derrama de riego o de la sociedad estatal que aplique la tarifa. Asimismo, no todos ellos contribuyen a la recuperación de costes del servicio del agua, por cuanto los cánones y tributos por el uso del DPH y del DPMT y los vertidos a ambos buscan minimizar los daños a los ecosistemas acuáticos. https://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal/landing-page-%C3%ADndice/-/asset_publisher/zX2ouZa4r1Rf/content/tarifas-y-c-c3-a-l-nones-por-el-uso-del-agua-del-dominio-p-c3-bablico-hidr-c3-a-l-lico-dph-y-del-dominio-p-c3-bablico-mar-c3-adtimo-terrestre-dpmt-/20151.

- Impuesto de vertidos a las aguas litorales (Ley 18/2003, de medidas fiscales y administrativas; y el Decreto 503/2004, de 13 de octubre, por el que se regulan determinados aspectos para la aplicación de los Impuestos sobre emisión de gases a la atmósfera y sobre vertidos a las aguas litorales).

- Canon de ocupación, utilización y aprovechamiento DPH (art. 112 TRLA).

- Canon de ocupación y aprovechamiento del DPMT (Ley 22/1988 de Costas).

A diferencia de la regulación estatal, donde el TRLA se limita a cumplir con el principio de reserva de ley que se consagra en el art. 31.3 CE y la regulación específica de los cánones y tasas se realiza en el RDPH; la LADA, en un alarde de defectuosa técnica legislativa, presenta en términos generales una regulación incompleta que podría vulnerar la reserva de ley en materia tributaria (uno de los principios básicos a la hora de regular la imposición tributaria)³⁶. Así, los arts. 100 y 101 LADA regulan escuetamente el canon de servicios generales, remitiendo la determinación de su cuantía al desarrollo reglamentario y suspendiendo su cobro hasta que se apruebe el mismo (disposición final octava)³⁷.

A continuación se recogen las notas características de los tributos regulados en la LADA, objeto de este artículo, dejando fuera la regulación del régimen económico-financiero de la legislación básica estatal, ampliamente tratada por reconocidos juristas y economistas.

³⁶ Para una mayor profundización en este tema se puede consultar, entre otros, a RODRÍGUEZ BEREJO, A.: «Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española», *Revista Española de Derecho Financiero* núm. 100 (1998), pp. 593-626; y a RAMÍREZ GÓMEZ, S., «Los principios rectores de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia financiera y tributaria (1981-1989)*, Tecnos, 1990.

³⁷ Así lo considera también SANCHEZ GALIANA, J.A. (2011: 10), que critica la remisión que hace el art. 101 LADA al art. 114 TRLA, por cuanto «va a conllevar cierta inseguridad jurídica, y que resulta especialmente grave al tratarse de la determinación de la cuantía del canon. La remisión a la normativa estatal, obviando una regulación propia, no resulta, en modo alguno, adecuada». Ello sin perjuicio, de que las previsiones tan genéricas, incluidas en el citado art. 101, pueden «conculcar el principio de legalidad tributaria, ya que indudablemente precisaran de un desarrollo reglamentario por parte de la Consejería competente, no habiéndose establecido en la ley parámetros o límites más concretos, que vendrían exigidos por la interpretación constitucional de la reserva de ley en materia tributaria». A tales efectos, el artículo 6 de la Ley 4/1988, de 5 de julio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, exige que las tasas sean establecidas y reguladas por ley del Parlamento de Andalucía, indicando: «Su creación y supresión; la determinación del hecho tributable, sujeto pasivo, base, tipo de gravamen o importe y del devengo; las exenciones, reducciones o bonificaciones, así como la concesión de perdones, condonaciones, rebajas o moratorias; los plazos de prescripción; las cuantías y normas para su exacción; la no afectación concreta de la tasa y la atribución de la gestión de la tasa a un determinado Órgano, Organismo, Institución o Entidad».

A. Canon de mejora de infraestructuras hidráulicas de depuración de interés de la Comunidad Autónoma

Este canon de mejora profusamente solicitado, en el Acuerdo Andaluz por el Agua del año 2009 y por los gestores administrativos del agua de Andalucía, como una fuente de ingresos que permitiera a la Comunidad Autónoma dotarse de recursos económicos suficientes para mejorar las infraestructuras de depuración de interés autonómico³⁸ y, así, poder cumplir las exigencias de depuración establecidas en la Directiva 91/271, grava la utilización del agua de uso urbano. Al ser originariamente su hecho imponible «la disponibilidad y el uso urbano del agua de cualquier procedencia» (tanto potable como no potable), se atribuía la condición de sujeto pasivo a los propietarios de los inmuebles sitos en terrenos no urbanizables que tuvieran contrato de suministro de agua no potable con el ayuntamiento. Ante las reiteradas consultas y quejas de dichos usuarios, a través de la Ley 6/2014 se cambia el texto del art. 74 para incluir exclusivamente a las aguas potables. Por lo que a partir del año 2015 no constituye hecho imponible el suministro de aguas no potabilizadas a terrenos no urbanizados, jardines, etc, así como las aguas subterráneas que afloran de forma natural y que se vierten a la red de alcantarillado, siempre que se trate de agua no potable³⁹.

Este tributo, aunque con tipos impositivos y exenciones distintas, es ampliamente utilizado por la mayor parte de las CCAA de España para generar incentivos al ahorro del uso de agua potable y disminución de vertidos a las depuradoras, pero sobre todo para financiar el alto coste de la ejecución, mantenimiento y explotación de dichas instalaciones depuradoras de aguas residuales urbanas⁴⁰.

³⁸ Sin esperar a la aprobación de la LADA, la Agencia Andaluza del Agua comienza a revisar la Estrategia de Depuración y Saneamiento de Andalucía con objeto de disponer de un listado exhaustivo de obras de mejora, acondicionamiento y nueva construcción de infraestructuras de depuración y saneamiento para cumplir la mencionada Directiva 91/271. Estas infraestructuras fueron declaradas de interés general de la comunidad autónoma en el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 26 de octubre de 2010, (BOJA núm. 219 de 10/11/2010), cumpliendo aproximadamente el plazo dado de dos meses desde la entrada en vigor de la LADA para su declaración (disposición adicional segunda). Fruto de las numerosas quejas sociales y preguntas parlamentarias sobre el destino real de los fondos recaudados y grado de ejecución de las obras de interés declaradas, a través de la Ley 3/2015 se incluyó en la LADA una disposición adicional decimocuarta que obliga a la consejería a publicar anualmente un balance de las actuaciones realizadas en materia de infraestructuras de saneamiento y depuración, indicando la inversión total ejecutada y la financiada con cargo a este canon.

³⁹ Así se aclara en la Consulta 9/2015 de la Dirección General de Financiación, Tributos y Juego

⁴⁰ JIMENEZ COMPAIRED, I. (2020: 29-31) destaca entre los tributos autonómicos, a las figuras tributarias asociadas al saneamiento y depuración de las aguas (construcción de las infraestructuras hidráulicas), que desde los primitivos cánones de saneamiento (Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales del año 1995) han evolucionado hacia los cánones del agua, de mejora, del agua residual o impuesto sobre la contaminación del agua o sobre la afección ambiental actuales. Tributos que conviven en muchos espacios con las tasas y tarifas locales de tratamiento de aguas residuales. Por su parte, GARCIA VALIÑAS, M.A. y ARBUÉS GRACIA, F. (2020: 10-12) indican que todas las CCAA con la excepción de Castilla-La Mancha y Madrid han diseñado impuestos autonómicos ligados al saneamiento y vertido,

Para garantizar su cobro y puesta a disposición de la comunidad autónoma, el art. 82 LADA atribuye a las entidades suministradoras la condición de sustituto del obligado tributario o contribuyente a «las personas físicas o jurídicas y las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, usuarias del agua de las redes de abastecimiento»⁴¹. Lo cual puede suponer para las EELL una importante carga económica que, a juicio de los más de cien municipios que interpusieron ante el Tribunal Constitucional el conflicto en defensa de la autonomía local 570-2011, debería ser compensado para no comprometer el principio de suficiente financiera establecido en el art. 25 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (en adelante LAULA) y el art. 90 del Estatuto de Autonomía. No obstante, la regulación contenida en este capítulo II de la LADA, no supone una asignación a las EELL de nuevos servicios o funciones que entrañen nuevos gastos o la ampliación de los ya existentes, como exige el citado art. 25 LAULA, y sí una regulación del sustituto del contribuyente en los términos del art. 36 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT). Se trata, como indica la letrada del parlamento en sus alegaciones a dicho recurso, de «elementos subjetivos del tributo que el Legislador autonómico puede establecer legítimamente al regular sus impuestos [...] son una mera consecuencia del cumplimiento de las obligaciones tributarias formales, resultantes de la posición que ocupan en la relación jurídico tributaria, sin que con ello se afecte a la suficiencia financiera de las haciendas locales» (STC 152/2016, de 22 de septiembre).

La base imponible es «el volumen de agua facturado en cada periodo impositivo por las entidades suministradoras en metros cúbicos», para cada contrato de suministro de agua de uso urbano (art. 75). La determinación de dicho volumen se puede obtener por medición directa (art. 76 LADA) o bien por estimación indirecta (art. 77 LADA). A este respecto, la utilización del término «facturado», en vez de «utilizado o consumido», busca, a mi entender, evitar realizar compensaciones posteriores en aquellos municipios en los cuales la facturación mensual se realiza en base a mediciones estimadas, por no haberse podido leer el consumo real. Así, aunque en el recibo

con denominaciones variadas (canon de mejora, impuesto sobre la contaminación de las aguas, canon de saneamiento, etc) y cuyo origen se remonta a la década de los noventa. A este respecto se puede consultar ZARATE MARCO, A., VALLES GIMENEZ, J. y TRUEBA CORTES, C., «Descentralización Fiscal y Tributación Ambiental. El Caso del Agua en España», Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales núm. 24, 2007, pp.1-55.

⁴¹ Esto es así, excepto para las pérdidas de agua en redes, en que las entidades suministradoras tienen la consideración directamente de sujeto pasivo y no, de sustituto del contribuyente. A estos efectos las entidades suministradoras están obligadas a presentar una declaración al comienzo, modificación y cese de las actividades (Orden de 29 de marzo de 2011). La primera declaración debía hacerse antes del día 30 de abril del 2011, y era única por cada entidad suministradora.

del agua se compense en los meses siguientes el exceso de agua facturado, el canon o tributo no se ve afectado puesto que no estaba referido al consumo real realizado⁴².

En aquellos escasos, pero existentes, casos de núcleos de población en los cuales no se factura el agua suministrada a los ciudadanos, bien sea por motivos históricos o por motivos socioeconómicos, el ayuntamiento o entidad suministradora deberá realizar una estimación indirecta en base al art. 53 LGT para calcular la base imponible y el correspondiente canon de mejora⁴³, con independencia de que no pueda o quiera repercutir el canon a sus ciudadanos.

Sobre esta base imponible, los arts. 81 y 83 LADA establecen respectivamente la exención a los usos urbanos que estén gravados con el canon de control de vertidos o el impuesto sobre vertidos a las aguas litorales⁴⁴, para evitar la doble imposición, y la reducción a las pérdidas de aguas en redes y los vertidos de industrias de gran consumo. Reducción a las pérdidas que no se determina en la citada ley, y se remite a un reglamento, vulnerando, a mi entender, el principio de legalidad tributaria⁴⁵. Lo mismo podría decirse de la potestad otorgada, en la disposición final sexta, a la persona titular

⁴² La Dirección General de Finanzas y Tributos en contestación a las consultas planteadas al respecto, ha establecido que las entidades suministradoras «no pueden declarar en un semestre facturas cuyos periodos de consumo pertenecen íntegramente a semestres anteriores», por lo que la autoliquidación contendrá todos los volúmenes de agua consumidos hasta el último día que pertenezca al semestre a que se refiera la autoliquidación, independientemente de cuando se haya emitido las facturas correspondientes.

⁴³ El citado artículo 53.2 LGT permite utilizar los siguientes medios o varios de ellos conjuntamente para la estimación indirecta:

«a) Aplicación de los datos y antecedentes disponibles que sean relevantes al efecto.

b) Utilización de aquellos elementos que indirectamente acrediten la existencia de los bienes y de las rentas, así como de los ingresos, ventas, costes y rendimientos que sean normales en el respectivo sector económico, atendidas las dimensiones de las unidades productivas o familiares que deban compararse en términos tributarios.

c) Valoración de las magnitudes, índices, módulos o datos que concurren en los respectivos obligados tributarios, según los datos o antecedentes que se posean de supuestos similares o equivalentes».

De conformidad con lo expresado en el artículo 158 LGT, la aplicación de este método de estimación indirecta «no requerirá acto administrativo previo que lo declare, pero en los recursos y reclamaciones que procedan contra los actos y liquidaciones resultantes podrá plantearse la procedencia de la aplicación de dicho método». Por lo que en las actas incoadas al respecto deberá incorporarse un informe justificando su aplicación.

⁴⁴ Esta exención se aplicará exclusivamente a los contribuyentes que justifiquen que cuentan con autorización en vigor y, estar al corriente del pago de dichos tributos. Así, la Dirección General de Financiación y Tributos, en consultas vinculantes 19/2011, de 7 de septiembre; 21/2011, de 29 de septiembre; 25/2011, de 9 de noviembre; 27/2011, de 29 de noviembre y 28/2011, de 7 de diciembre, ha establecido que: «la aplicación de dicha exención requiere que el sujeto pasivo del canon de mejora sea a su vez, sujeto pasivo del Impuesto sobre vertidos a las aguas litorales o al canon de control de vertidos o al canon de control de vertidos».

⁴⁵ SANCHEZ GALLANA, J.A. (2011: 4) considera que «el hecho de establecerse en la ley la obligación de aplicarla necesariamente, junto al límite máximo de la misma, que estaría en el valor de la base imponible (100 por 100) y que equivaldría realmente a una exención, vendrían a soslayar cualquier duda

de la consejería para modificar el volumen de agua consumida por las industrias para la aplicación de la reducción del 50% en la base imponible.

A la base liquidable, obtenida de aplicar a la base imponible las correspondientes reducciones, se la minorra en dos metros cúbicos por vivienda y mes, mínimo exento, y al volumen restante se le aplica un tipo de gravamen progresivo por bloques (art. 87), cuyo límites varían en función del número de personas que estén empadronados en la vivienda⁴⁶; siendo la cuota fija por disponibilidad de un euro al mes por usuario. Esta tarifa binómica está en consonancia con lo establecido en la DMA y en el TRLA para desincentivar los consumos excesivos y es la más utilizada por las CCAA, variando el coste de la parte fija y los tipos aplicables, único o por tramos⁴⁷.

A pesar de que la cuota resultante en Andalucía es inferior al de otras CCAA, por disponer de tipos más bajos y una cuota fija inferior, el Gobierno autonómico decidió aplicar este canon de forma progresiva en cinco años para evitar las reticencias y quejas sociales que había originado su regulación⁴⁸. Asimismo, y con objeto de evitar la doble imposición, el importe a ingresar por parte de las entidades suministradoras se ve minorado en los importes correspondiente a las obras de depuración financiadas a cargo de las EELL, que se estén repercutiendo en las tarifas a través de los cánones aprobados por la consejería en base a la LADA⁴⁹, y anteriormente por la Ley 7/1996, de 31 de julio.

sobre el respeto al principio de legalidad tributaria». La falta de regulación actualmente de dicha reducción provoca que la misma se haya convertido en la práctica en una exención.

⁴⁶ Esta bonificación al contribuyente no se hace de oficio, sino que debe ser solicitada expresamente por el mismo, y renovada cada dos años. Lo que provoca que numerosas familias no se vean beneficiadas por lo engorroso del trámite y la necesidad de renovación periódica. Además la exigencia de estar censados en la vivienda, imposibilita acceder a esta bonificación en las segundas residencias, penalizando aún más a las familias numerosas. Del mismo modo, me parece criticable que esta bonificación por el número de personas censadas no se aplique también al mínimo exento, como sería de justicia en base a lo establecido en el art. 111bis.3 TRLA.

⁴⁷ GARCIA VALIÑAS, M.A. y ARBUÉS GRACIA, F. (2020: 15-16).

⁴⁸ Así el primer año (desde el 1 mayo 2011 al 30 abril 2012) se aplicaba un 30% del valor de la cuota variable, que se aumentaba a un 45% el segundo año (desde el 1 mayo 2012 al 30 abril 2013), el 60% el tercer año (desde el 1 mayo 2013 al 30 abril 2014), el 80% el cuarto año (desde el 1 mayo 2014 al 30 abril 2015) y el 100% a partir del quinto año (desde el 1 de mayo de 2015). La entrada en vigor del canon de infraestructuras hidráulicas de depuración de interés de la comunidad autónoma se fijó en el día 1 de mayo de 2011 en la disposición final cuarta del Decreto-Ley 7/2010, de 28 de diciembre, de medidas para potenciar inversiones empresariales de interés estratégico para Andalucía y de simplificación, agilización administrativa y mejora de la regulación de actividades económicas en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

⁴⁹ A estos efectos, la Consejería de Medio Ambiente con fecha 19 de abril de 2011 aprobó 13 ordenes (BOJA núm. 84, de 30 abril) que afectan a los siguientes Municipios, Mancomunidades o Consorcios: Mancomunidad de Municipios del Aljarafe, Ayuntamiento de Rota, Ayuntamiento de Málaga, Ayuntamiento de El Puerto de Santa María, Ayuntamientos de Sevilla, Alcalá de Guadaíra, Camas, La Rinconada, San Juan de Aznalfarache, Coria del Río, La Puebla del Río, Alcalá del Río, Mairena del

B. Canon de mejora de infraestructuras hidráulicas competencia de las entidades locales

Este tributo local, pero de creación autonómica en base a sus competencias tributarias, tiene un ámbito temporal y territorial limitado y es de solicitud voluntaria por parte de las EELL. Así los municipios o mancomunidades pueden solicitar a la consejería el establecimiento del canon para el pago de unas determinadas y concretas obras hidráulicas de suministro de agua potable, redes de saneamiento y depuración, que de otra forma no podrían ser financiadas directamente. Y será la consejería competente en materia de agua, con una amplia libertad a la hora de fijar la cuantía, régimen de aplicación y vigencia temporal, la que autorice mediante una orden su establecimiento⁵⁰.

Cuantía anual que se establece en función del coste total de las infraestructuras y el plazo máximo de financiación, que rara vez supera los veinticinco años. A partir de dicha cuantía anual se estima la cuota íntegra en base al volumen anual estimado de consumo. Cuota que suele tener un carácter binomial, con una parte fija por usuario y otra variable progresiva en función del volumen facturado y que tiene como límite máximo el importe de «las tarifas vigentes de abastecimiento y saneamiento del agua» (art. 94), correspondiendo su regulación concreta al municipio o mancomunidad solicitante dentro de sus competencias en la ordenación del ciclo urbano del agua.

La parca regulación incluida al respecto, con intención posible de no menoscabar el principio de autonomía local y suficiencia financiera garantizados estatutariamente⁵¹, ha sido criticada tanto por especialistas en la materia⁵² como por el propio Con-

Alcor y Dos Hermanas, gestionados por la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla, S.A. (Emasesa), Mancomunidad de Municipios Costa Tropical de Granada, Consorcio de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas Plan Écija, Ayuntamiento Jerez de la Frontera de la Frontera, Ayuntamiento de Sevilla, Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera, Ayuntamiento de Vera, Consorcio del Huesna y Consorcio de Aguas del Rumberal.

⁵⁰ SANCHEZ GALIANA, J.A. (2011: 6) considera «criticable que la normativa establezca, de forma excesivamente vaga, que la gestión y la forma de aplicación de este canon corresponde a la Entidad Local, ya que, tal y como están redactados los preceptos anteriores, decisiones como la correspondiente a la exigencia de cuota fija y variable, o solo una de ellas, quedarían en manos de la Consejería competente en materia de agua». La propia disposición transitoria séptima de la LADA exige adecuar los cánones de mejora locales aprobados anteriormente a la LADA mediante una «Orden de la consejería competente en materia de agua», y así se ha realizado en las citadas órdenes de la consejería de fecha 19 de abril de 2011.

⁵¹ Autonomía local que el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia 152/2016 no entró a analizar por un defecto de forma del recurso interpuesto por los ayuntamientos.

⁵² Entre ellos se puede citar a SANCHEZ GALIANA, J.A. (2011: 6), quien considera que la LADA debía haber establecido los elementos básicos de la prestación a exigir al ciudadano y «en aras del respeto al principio de reserva de ley, se debería haber precisado con mayor rigor el marco jurídico de este canon, especialmente en lo que concierne a la delimitación del hecho imponible, así como a la base imponible y tipo de gravamen que deben servir para su cálculo, considerándose excesivamente amplia la atribución de las facultades mencionadas a la Consejería competente en materia de agua».

sejo Consultivo, que en el citado Dictamen 556/2009 indicaba que aunque la LADA establece algunos de los elementos básicos de la prestación a exigir al ciudadano (la afectación íntegra del ingreso a la financiación de las inversiones en infraestructuras hidráulicas a cargo de las entidades locales, la previsión de que dicho canon podría constar de cuota fija y cuota variable en función del consumo y el establecimiento de un límite según el cual el importe total del canon no podría superar en ningún caso el de las tarifas vigentes), en base a la reserva de ley tributaria se debería haber precisado con mayor rigor el marco jurídico de dicho canon, fijando aquellos parámetros que permitan la exigibilidad por las EELL, como sería la delimitación del hecho imponible, la base imponible y el tipo de gravamen a aplicar para su cálculo.

Este canon comparte regulación con el anteriormente comentado canon autonómico, entre ellos su hecho imponible, lo que obliga a descontar del canon autonómico los importes correspondientes a este canon local para evitar la doble imposición (art. 89.2). Pero se diferencia de las tasas y tarifas aplicadas al abastecimiento y saneamiento municipal en cuanto no incluyen los gastos de explotación, mantenimiento ni conservación de las infraestructuras hidráulicas, y así se debe hacer constar expresamente en las facturas que se emitan por las entidades suministradoras (art. 7)⁵³.

C. Canon de regulación y tarifa de utilización del agua

Este ingreso propio autonómico⁵⁴, de ámbito territorial limitado a las cuencas hidrográficas intracomunitarias gestionadas por Andalucía (para el resto del territorio andaluz, incluido en las cuencas intercomunitarias, es aplicable el canon de regulación y la tarifa de utilización del TRLA), presenta una regulación muy escueta

⁵³ El artículo 101 del Decreto 120/1991 establece que «[s]e entenderá por canon a efectos de este Reglamento, al recargo que, independientemente de la tarifa, se establece para hacer frente a las inversiones en infraestructura» y «[l]os ingresos obtenidos mediante canon, serán los suficientes para hacer frente a la inversión y, en su caso, a los costes financieros que generen la misma. En su caso, la amortización del nuevo inmovilizado tendrá su expresión en la cuenta de explotación del período al que correspondan». Por lo que se podrá imputar la inversión y los costes financieros a este canon de mejora, quedando la amortización de las infraestructuras dentro de los gastos de explotación repercutibles en las tarifas de agua cobradas a los titulares de los contratos de suministro.

⁵⁴ El Consejo Consultivo en su Dictamen 556/2009, considera que el carácter de ingreso propio, «tan sólo puede tener esa consideración si se conecta directamente con las obras hidráulicas financiadas total o parcialmente con cargo a la Comunidad Autónoma». De la misma opinión es SANCHEZ GALIANA, J.A. (2011: 7). Yo particularmente considero que no es correcta jurídica y económicamente hablando esta afirmación, por cuanto estas exacciones compensan tanto los costes de inversión realizados como los gastos de explotación y conservación derivados de tales obras, que corresponderán a la CA en las cuencas intracomunitarias andaluzas con independencia de quien realizará originariamente las obras de regulación. Es más en los decretos de traspaso de las funciones y servicios de las cuencas hidrográficas intracomunitarias el Estado traspasó a Andalucía los bienes inmuebles, derechos y obligaciones preexistentes de los organismos de cuenca, que incluyen las infraestructuras hidráulicas construidas por el Estado en dicha cuenca hidrográfica y, por tanto, también se traspasaba a la comunidad autónoma el derecho a la repercusión a los beneficiarios del canon de regulación y tarifa de utilización de agua correspondiente.

en el art. 97 LADA⁵⁵, que se limita a remitir a lo establecido en el art. 114 TRLA (y en base a ello a los arts. 296 a 312 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, que lo desarrolla) con escasas novedades. Debiendo la Administración andaluza del agua aplicar la regulación estatal anteriormente mencionada, salvo en aquello que afecte a la inclusión en el cálculo de las exacciones de los gastos de administración, así como en cuanto al periodo impositivo y el devengo que se regulan en el art. 98 LADA.

Las novedades incluidas en su regulación se contemplan en el citado art. 98 y afectan como tal al periodo impositivo, al devengo y la determinación de la cuantía. Así se establece que el periodo impositivo es el año natural y su devengo el 1 de enero del año siguiente, descontándose de la cuantía establecida en el art. 114.3 TRLA los gastos de administración que se integrarán en el canon de servicios generales. Desaprovechando la ocasión, como opina Sánchez Galiana, de haber realizado una regulación completa y detallada de estos tributos, más acorde con los principios de legalidad y seguridad jurídica, evitando «una remisión general a una regulación estatal que, en cualquier momento, puede ser modificada»⁵⁶.

⁵⁵ Ello ha dado lugar a que autores como SANCHEZ GALIANA, J.A. (2011: 7), consideren que esta regulación no «se puede considerar plenamente ajustada a los principios de legalidad y seguridad jurídica». Y debido a que, a juicio de JIMENEZ COMPAIRE, I. (2020: 8), la continua actividad aprobatoria de dichas tasas por parte de los organismos de cuenca ha producido una «judicializa[ción] más de lo necesario, a la vista sobre todo de un proceder francamente mejorable por parte de ciertos organismos de cuenca, en particular en cuanto a la fecha de aprobación», desde el año 2011 (últimas cuantías aprobadas por Resolución de 30 de diciembre de 2010) la consejería lleva prorrogando anualmente los cánones de regulación y tarifas de utilización en las cuencas intracomunitarias, en espera de que se realiza su oportuna regulación legal. Véase la Resolución de 1 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Infraestructuras del Agua, por la que se prorrogan los cánones de regulación y tarifas de utilización del agua vigentes en las cuencas intracomunitarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el ejercicio 2021 (BOJA núm. 238, de 11 diciembre de 2020).

⁵⁶ SANCHEZ GALIANA, J.A. (2011: 8), Regulación que debería haber resuelto las múltiples dudas existentes en cuanto a la fecha de aprobación y del devengo de las exacciones previstas en el art. 114 TRLA. Así, en el apartado tercero de dicho artículo se exige que las cuantías de las exacciones se fije para cada ejercicio presupuestario teniendo en cuenta las previsiones de gastos de funcionamiento, conservación y administración contenidas en el presupuesto del organismo de cuenca y, por tanto, se entendía que se debía realizar con carácter anterior al 1 de enero del ejercicio siguiente donde se va a aplicar dicho presupuesto. No obstante, como el apartado séptimo establece que «el Organismo de cuenca aprobará y emitirá las liquidaciones en el ejercicio al que correspondan», se venía interpretando por los organismos de cuenca y los propios tribunales de justicia de que era factible la notificación de las exacciones en el mismo año de su aprobación, no siendo necesario esperar al 1 de enero del año siguiente para proceder a la liquidación de las exacciones. Las dudas jurídicas de aplicación de este canon han supuesto numerosos pleitos jurídicos y recursos ante el tribunal económico-administrativo. Ha sido en la STS 811/2017, de 10 de mayo (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 891/2016) donde se ha rectificado este criterio, fijando en su FJ4º que: «De lo expuesto en la jurisprudencia citada se deduce que en el año en que se va a aplicar la tasa debe estar ya aprobada, antes del presupuesto, aunque se pague al año siguiente. La tasa de un ejercicio no puede aprobarse en ese mismo ejercicio, sino antes de que se haya producido el devengo» y prosigue: «En consonancia con este carácter de tributo periódico de carácter anual, y como ocurre con cualesquiera tributos periódicos, el devengo, como momento en el que se entiende realizado anualmente el hecho im-

D. Canon de servicios generales

Este canon de nueva creación, cuyo hecho imponible es la realización de actividades y la prestación de servicios de administración del agua⁵⁷, viene a consumir las demandas históricas de los sujetos pasivos del canon de regulación y tarifa de utilización de que los gastos de administración no se imputaran exclusivamente a los beneficiados por las obras de regulación de las aguas superficiales, sino a todos los usuarios del agua de la cuenca hidrográfica. De tal forma, que los usuarios de aguas subterráneas pasaran a sufragar por lo menos los gastos de administración, con lo que se incentivaría al ahorro de recursos y se cumpliría parcialmente el principio establecido en la DMA de recuperación de costes. Precisamente esta asignación a las aguas subterráneas, es la que mayores críticas a este canon ha originado por cuanto no está previsto en la legislación estatal y, por tanto, no se les factura en las cuencas intercomunitarias a los usuarios de las aguas subterráneas⁵⁸ y, además, se establece la exención a los titulares de usos y aprovechamientos inferiores a siete mil metros cúbicos anuales⁵⁹.

La remisión que la disposición final octava de la LADA hace a su regulación vía reglamento impide su aplicación efectiva a todos los usuarios del agua⁶⁰ en tanto en

nible, debe entenderse y es lo habitual, que se produce en el primer día del año natural, salvo que se haya fijado en una fecha significativa del periodo, que en este caso no nos consta que haya sido señalada al tiempo de determinar la cuota».

⁵⁷ En el Anteproyecto de la LADA, el hecho imponible era «la prestación de servicios de administración general que afecten directa o indirectamente a la conservación y explotación de las obras hidráulicas, así como a los diferentes usos y aprovechamientos de aguas subterráneas», sin incluir las aguas superficiales. Pero las quejas recibidas hicieron que, en el texto final aprobado por el Parlamento andaluz, se incluyera también la referencia a las aguas superficiales. De manera que el hecho imponible de este canon de servicios generales abarca la totalidad de los usos y aprovechamientos, tanto de aguas subterráneas como superficiales.

⁵⁸ SANCHEZ GALIANA, J.A. (2011: 11) centra la crítica en el hecho de que «haya de ser satisfecho por los que simplemente usan o aprovechan las aguas subterráneas, supuesto no previsto en la normativa estatal y que tiene difícil justificación desde la perspectiva del respeto a los principios de justicia tributaria, o en el ámbito más económico, al principio de recuperación de costes que ha de conectarse directamente con los beneficiarios de los servicios relacionados con el agua».

⁵⁹ La exención establecida en el art. 100.5 LADA no está justificada, a mi entender, por cuanto estos usuarios también requieren de la prestación de servicios por parte de la Administración tanto en la inscripción de la declaración, como en las modificaciones de las mismas y en la comprobación anual de los contadores, de la misma forma que el resto de usuarios de aguas subterráneas y superficiales, que no están exentos de abonar este canon. No cabe considerar que esta exención se haya podido realizar por el escaso volumen consumido, por cuanto la cuantía del canon se distribuye de forma proporcional en función del volumen autorizado o captado (art. 101.b). Es más plausible que la exención se deba a la carencia de aprovechamientos de menos de siete mil metros cúbicos anuales inscritos en el registro de agua y que, en caso de devengarles anualmente un canon como mínimo de 20 euros (art. 101.c), podría provocar un recelo aún mayor para inscribirlos en dicho registro.

⁶⁰ El art. 100.4 LADA considera como sujetos pasivos a «todos los usuarios de aguas, afectados o beneficiados por la realización de actividades y prestación de servicios, personas físicas o jurídicas y entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley General Tributaria, que ostenten cualquier título de derecho

cuanto dicho reglamento no se apruebe. Además, la parquedad de la regulación de la determinación de la cuantía en el art. 101 otorga una gran discrecionalidad a la consejería para su determinación vía reglamento, y puede vulnerar del principio de reserva de ley tributaria, al no regular la base imponible y liquidable, tipo de gravamen y demás elementos determinantes de la cuantía (art. 8.a LGT).

Asimismo, la remisión en cuanto al procedimiento y a la forma de determinar la cuantía al art. 114 TRLA no es adecuada, por cuanto se trata de hechos impositivos distintos: el art. 114.3.b) TRLA se refiere a «aquellos derivados de la administración del organismo gestor imputables a las obras de que se trate», mientras que el art. 100.3 LADA remite a «los gastos de administración del organismo gestor que afecten directa o indirectamente a la conservación y explotación de las obras hidráulicas, así como a los diferentes usos y aprovechamiento de aguas subterráneas y superficiales». Por lo que se amplían los gastos imputables al canon de servicios generales frente a los previstos en el citado art. 114 TRLA para el canon de regulación y tarifa de utilización. Esta incoherencia jurídica y tributaria requiere una modificación legal de la LADA, que precise más detalladamente la forma y procedimiento para calcular la cuantía, sin remitir a una norma estatal que regula un canon totalmente diferente, y cumpliendo el principio de reserva de ley establecido en la LGT.

Es llamativo que se otorgue tan amplia potestad a la consejería para regular vía reglamento la cuantía de este canon y, sin embargo, en la disposición final séptima se establezca el principio de reserva legal para la actualización de los cánones regulados en la LADA, bien sea «específica o en la ley del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía»⁶¹. Reglamento que al no haberse aprobado aún, hace que los gastos de administración sigan siendo abonados dentro del canon de regulación y la tarifa de utilización por los usuarios de aguas superficiales.

E. Resto de cánones establecidos en la legislación básica estatal

A pesar de que en ningún artículo de la LADA se hace referencia expresa a la aplicación en las cuencas intracomunitarias de todos aquellos cánones y tarifas establecidos en el TRLA que no se hayan visto modificados por la citada LADA, en estas

sobre las mismas: concesión, autorización o inscripción en el Registro de Agua, en el Catalogo de Aguas Privadas y, en general, quienes lleven a cabo el aprovechamiento o uso de las aguas en los distintos sistemas de explotación de recursos».

⁶¹ Reserva legal que ya se establece en el art. 157 de la Ley 4/1988 para la actualización de las tasas cada cinco años como máximo, previo estudio analítico del coste del hecho tributable y en función de la evolución de los costes presupuestarios o de las variaciones del índice de precios al consumo. Por su parte, en la citada disposición final séptima de la LADA no se establece plazo máximo para la actualización y, tan solo, se permite que se haga en función del índice de precios. Esta limitación imposibilita, a mi entender, que se puedan modificar los tributos regulados en la LADA para incluir los costes del recurso y medioambientales que actualmente no están incluidos como tales.

cuencas se aplica también el canon por aprovechamiento hidroeléctrico, el canon de ocupación, utilización y aprovechamiento del DPH y del DPMT y el canon de control de vertidos. Aplicación no exenta de inseguridad jurídica y, que a mi entender, debería fijarse expresamente en la ley para así cumplir el principio de legalidad tributaria⁶².

Finalmente en la disposición final octava de la LADA se establecía la entrada en vigor el 1 de enero de 2011 de los cánones y tarifas regulados en el título VIII. Vacatio legis que fue ampliada hasta el 1 de mayo por la disposición final cuarta del Decreto-Ley 7/2010, de 28 de diciembre. Periodo que utilizó la Administración autonómica para, a través de varias órdenes, establecer los modelos y fijar los procedimientos del canon de mejora autonómico. Regulación que sigue soportando continuas modificaciones con objeto de subsanar lagunas jurídicas y aclarar la regulación de este nuevo canon⁶³.

3. Naturaleza jurídica de los cánones y tarifas

El art. 65, y en especial el art. 66 LADA, a la hora de ordenar los cánones del título VIII hace una remisión genérica a la normativa autonómica y tributaria estatal, e incluso a «la comunitaria aplicable al agua» para la definición de los conceptos. Remisión que, a pesar de su generalidad y brevedad, tiene su importancia jurídica puesto que ratifica el carácter tributario de los cánones en materia de agua. Autores, como Arrieta Martínez de Pisón, ya consideraban a los cánones incluidos en el TRLA como un ingreso de derecho público, dentro de la categoría de los tributos⁶⁴. Naturaleza tributaria que, sin embargo, no se puede asignar a las tarifas de amortización y explotación de las sociedades estatales y a las derramas de riego de las comunidades

⁶² Cánones, todos ellos, de modesta recaudación pero sometidos a importantes dudas jurídicas. Así la falta de desarrollo reglamentario del capítulo II del título IV de la Ley de Costas, que regula los cánones y tasas, ha obligado a las distintas CCAA a legislar al respecto para poder cobrar dichas tasas. Por otro lado, todavía están pendientes de resolver las cuestiones prejudiciales acumuladas C-105/18 a C-113/18, planteadas por el Tribunal Supremo al Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, sobre si el canon hidroeléctrico es conforme o no al derecho europeo.

⁶³ Entre ellas se pueden citar: Decreto-Ley 7/2010, de 28 de diciembre (conformado por la Ley 4/2011, de 6 de junio), Orden de 17 de junio de 2011 de la Consejería de Hacienda y Administración Pública (Boja núm. 121 de 22 de junio), Ley 5/2012, de 26 de diciembre, Resolución de 20 de marzo de 2014 (Boja núm. 65 de 4 de abril) y Ley 6/2014, de 30 de diciembre. Ello sin perjuicio de las numerosas consultas vinculantes emitidas por la Dirección General de Financiación y Tributos al respecto de la aplicación del citado canon.

⁶⁴ ARRIETA MARTINEZ DE PISON, J., Régimen fiscal de las aguas, Civitas, 1991, p. 25. Así, también lo considera SANCHEZ GALIANA, J.A. (2011: 2) para los cánones autonómicos regulados en la LADA, puesto que «no pueden dejar de reconducirse a una de las categorías tributarias contempladas en los artículos 7, 8 y 9 de la Ley Orgánica 8/1990, de 22 de septiembre de Financiación de las Comunidades Autónomas, esto es, tasas, contribuciones especiales e impuestos. Y estas mismas categorías son las que se reconocen en el artículo 2 de la Ley General Tributaria, al regular el concepto, fines y clases de tributos». Siguiendo lo establecido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 273/2000, de 15 de noviembre (cuestión de inconstitucionalidad 565/94) para el canon de saneamiento creado por la Ley 17/1987, de 3 de julio, de la Administración Hidráulica de Cataluña (FJ 4º).

de regantes, por mucho que los planes hidrológicos las incluyan a la hora de justificar la recuperación de los costes de los servicios del agua⁶⁵.

Y dentro de las categorías tributarias recogidas en la LOFCA⁶⁶, considero que el canon de mejora establecido en la LADA tendría un carácter predominante de tasa, en base a la definición establecida en la Ley 4/1988, por cuanto el hecho imponible consiste en la prestación de un servicio público, como es la disponibilidad y uso del agua en el ciclo urbano. Lo mismo pasaría con el canon de servicios generales⁶⁷, cuyo hecho imponible es la prestación del servicio de control y conservación del agua por parte de la Administración hidráulica; mientras que el canon de regulación y tarifa de utilización encajarían, más bien, en el concepto de «contribución especial de carácter parafiscal al ser satisfechos en ambos casos, por los sujetos especialmente beneficiados por determinadas obras»⁶⁸. Es más, la obligación legal de las entidades suministradoras del pago del canon de mejora autonómico por las pérdidas de agua en las redes de abastecimiento (art. 82 LADA) puede presentar alguna característica de los impuestos⁶⁹.

⁶⁵ Así, lo ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia: Sentencias de 17 de febrero de 2003 del Tribunal de Andalucía (recurso 714/1999), de 24 de septiembre de 2003 del Tribunal de Murcia (recurso 1295/2000) y de 11 de julio de 2008 del Tribunal de Madrid (recurso 943/2005) entre otras.

⁶⁶ El FJ 4º de la STC 296/1994, de 10 de noviembre (cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 587/93, 3.626/93, 3.627/93, 3.630/93, 3.631/93 y 3.632/93) establece que «Más allá de las denominaciones legales, tienen cada una de ellas [las categorías tributarias] la naturaleza propia y específica que les corresponde de acuerdo con la configuración y estructura que reciban en el régimen jurídico a que vengán sometidas, que debe ser el argumento decisivo a tener en cuenta para delimitar el orden constitucional de competencias, el cual, al no ser disponible por la ley, no puede hacerse depender de la mera denominación que el legislador, a su discreción, asigne al tributo». Por lo que considero que sería recomendable que se realizará un pronunciamiento expreso sobre la naturaleza de las figuras de la fiscalidad del agua, tanto a nivel estatal como autonómico.

⁶⁷ Canon que, para SANCHEZ GALLIANA, J.A. (2011: 9), tiene «una naturaleza mixta –contribución especial/tasa-, sin perder, por supuesto, su carácter de parafiscal».

⁶⁸ SANCHEZ GALLIANA, J.A. (2011: 7). Del mismo modo, ARRIETA MARTINEZ DE PISON, J. (1991: 78) reconoce el carácter parafiscal de esta contribución especial «en la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio resultante de la realización de unas obras públicas que no han sido provocadas por él y en el que debe participar como beneficiado para cubrir el coste de la obra». En sentido contrario JIMÉNEZ COMPAIRED, I. (2020: 7) que considera que los cánones y tasas del art. 114 TRLA tienen naturaleza de tasas o actividades, puesto que la contribución especial es una categoría en absoluto retroceso, con unas peculiaridades estructurales: no logran amortizar la inversión (es imposible derramar más allá del 50% de la inversión), son tributos de cupo (que pretenden recaudar cada año exactamente una cantidad cierta y con participación de los sujetos pasivos en la tramitación) y que tienen una función eminentemente financiera (recurso neto para la administración hidráulica).

⁶⁹ Hago esa apreciación basándome en la STC 85/2013, de 11 de abril (recurso 9451/2006) sobre el canon del agua regulado en la Ley 1/2006, de 23 de junio, de Aguas del País Vasco, que justifica su carácter de impuesto por cuanto «su hecho imponible no aparece ningún servicio administrativo u ocupación del dominio público con carácter principal sino que lo que se grava, primordialmente, es la capacidad económica puesta de manifiesto por el uso del agua junto al daño ambiental. Tratándose, como es el caso, de un impuesto» (FJ 2º).

Ello sin perjuicio de que, a juicio de Sánchez Galiana, estas figuras tributarias autonómicas «presenta[n] algunas notas propias de la parafiscalidad y no siempre resulta fácil establecer un pronunciamiento sobre su naturaleza –en ocasiones mixta–» y así reconoce expresamente el carácter de tributo parafiscal al canon de mejora por cuanto es «un canon afectado a una finalidad concreta –posibilitar la financiación de las infraestructuras hidráulicas correspondientes al ciclo integral del agua de uso urbano–»⁷⁰ y, por ello, presenta una separación parcial del régimen jurídico aplicable a los tributos.

En cualquier caso, estos tributos tienen el carácter de ingreso propio de la CA⁷¹ (así se indica expresamente en el art. 97 LADA para el canon de regulación y la tarifa de utilización), y como tal la normativa autonómica aplicable, a tenor de lo establecido en el art. 7 de la citada Ley 4/1988, sería:

- a) Por la propia Ley 4/1988.
- b) Por la regulación contenida en la propia LADA.
- c) Por el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía.
- d) Por la Ley de Presupuestos de la CA de Andalucía.
- e) Por los reglamentos y demás disposiciones autonómicas sobre la materia de carácter administrativo.
- f) Supletoriamente por la LGT y demás disposiciones que la desarrollen, en lo que no se oponga a lo dispuesto en esta Ley⁷².

⁷⁰ SANCHEZ GALIANA, J.A (2011: 2-3). Asimismo, el propio Consejo Consultivo, en su Dictamen 556/2009 al Anteproyecto de la Ley de Aguas de Andalucía, consideraba que este canon presenta «notas propias de la parafiscalidad», y que por ello no es reconducible a alguna de las figuras tributarias contempladas en la LOFCA y en la LGT: tasas, contribuciones especiales e impuestos. Este carácter, de parafiscal o extrafiscal de algunos tributos, ya fue reconocido en la STC 289/2000, de 30 de noviembre, en relación a la protección del medioambiente, en particular en cuanto al impuesto sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente. Para más detalles de la citada sentencia, se puede consultar los «Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional 289/2000, de 30 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del impuesto sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente», Alcabala: Revista de Hacienda Pública de Andalucía núm. 27 (2001), pp. 9-36.

⁷¹ El artículo 157.1 CE fija como recursos de las CCAA a los impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado y recargos sobre impuestos estatales, así como sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales.

⁷² Así se indica expresamente en el art. 70 LADA en materia sancionadora: «Las infracciones tributarias relativas a estos cánones se calificarán y sancionarán con arreglo a lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

III. INGRESOS Y COSTES DEL SERVICIO DEL AGUA EN ANDALUCÍA. INDICE DE RECUPERACION DE COSTES

En base al compromiso realizado por el Reino de España a la UE en el año 2013, los planes hidrológicos incluyen un anejo sobre los ingresos y costes asociados al servicio del agua en la demarcación hidrográfica, y el porcentaje de recuperación de costes para cada uso. Por lo que para este análisis se han utilizado los datos proporcionados en los proyectos de los planes hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas inter e intracomunitarias de Andalucía para el ciclo 2022-2027, que actualmente se están elaborando⁷³.

1. Ingresos por la prestación del servicio

Los ingresos obtenidos en Andalucía por el servicio de aguas varían, temporal y territorialmente, por cada cuenca hidrográfica, habiéndose incrementado progresivamente en las Cuencas Mediterráneas Andaluzas debido al incremento de las tarifas correspondiente a los usos urbanos, la industria hidroeléctrica, la reutilización/desalación y al incremento del volumen de costes atribuibles a los recursos subterráneos (autoservicios) aplicados en los regadíos⁷⁴. Ello a pesar de las exenciones aplicadas por los fenómenos meteorológicos extremos (especialmente sequías) y las sucesivas prórrogas anuales del canon de regulación y la tarifa de utilización desde el año 2011⁷⁵.

Los ingresos analizados en estos planes hidrológicos para estimar el índice de recuperación de costes son los siguientes:

⁷³ Los datos analizados para las Demarcaciones del Tinto-Odiel-Piedras y Guadalete-Bárbate son de los planes hidrológicos de segundo ciclo, por cuanto aun no tienen publicados los proyectos de los planes de tercer ciclo.

⁷⁴ En el proyecto del Plan Hidrológico de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas (2021-2027) se estima un crecimiento del 19% de recaudación con respecto al anterior plan hidrológico (p. 78 del anejo IX). Porcentaje similar al estimado en el Plan Hidrológico del Guadalquivir (p. 75 del anejo 9).

⁷⁵ Ya se ha comentado anteriormente, como desde el año 2011 se vienen prorrogando el canon de regulación y la tarifa de utilización en las cuencas intracomunitarias andaluzas por la carencia de un reglamento que regule estos tributos y el canon de servicios generales. Así en la Resolución de 30 de diciembre de 2014 de la Secretaría General de Gestión Integral del Medio Ambiente y Agua (mantenimiento de las cánones para el ejercicio 2014), se indicaba que se «trabaja en la elaboración del desarrollo parcial del reglamento del Régimen Económico-Financiero de la Ley de Aguas de Andalucía, lo que contribuirá a contar con una norma que permita una correcta repercusión de los costes de gestión del agua teniendo en consideración los efectos sociales, medioambientales y económicos de la recuperación y las condiciones geográficas y climáticas de las cuencas intracomunitarias andaluzas» y que, mientras tanto, se mantienen dichos cánones para evitar «una subida desproporcionada» que hiciera inviable determinados usos.

Servicios	Competencias	Tasas y tarifas
Embalses y transporte de aguas superficiales en alta	Junta de Andalucía	Canon de regulación Tarifas de utilización del agua
	AGE y SEIH	Tarifas de los trasvases Tajo-Segura y Negratín-Almanzora
Aguas subterráneas (alta)	Entidades Locales (ayuntamientos, mancomunidades, diputaciones)	Tarifas municipales y canon de mejora local y autonómico
	Comunidades de regantes	Cuotas y derramas
Abastecimiento urbano (en baja)	Entidades Locales (ayuntamientos, mancomunidades, diputaciones)	Tarifas cobradas a los usuarios Cánones de mejora local y autonómico
	SEIH	Tarifas fijadas en los Convenios
Distribución de aguas para riego	Comunidades de regantes	Cuotas y derramas
	SEIH	Tarifas fijadas en los Convenios
Canalización y tratamiento de aguas residuales	Entidades Locales (ayuntamientos, mancomunidades, diputaciones)	Canon de mejora local y autonómico y tarifas
	Junta de Andalucía	
	SEIH	Tarifas fijadas en los Convenios
Gestión de DPH y control de vertidos	Junta de Andalucía	Canon de ocupación, utilización y aprovechamiento del DPH y canon de vertido
Gestión del DPMT	MITERD	Canon de ocupación y aprovechamiento del DPMT
Control de vertidos a las aguas litorales	Junta de Andalucía	Impuesto de vertidos a las aguas litorales

Ilustración 1. Instrumentos legales para recuperación de costes de los servicios del agua. PHDH Cuencas Mediterráneas Andaluzas 2022-2027.

Del análisis de dichos estudios, y con la salvedad de que el proyecto de Plan Hidrológico del Tinto-Odiel-Piedras y Guadalete-Bárbate del tercer ciclo no está publicado, se extrae que más del 50% de los ingresos provienen del uso de abastecimiento urbano (llegando al 66% en el Tinto-Odiel-Piedras), un 35% del regadío y no más de un 15% del uso industrial, teniendo la generación hidroeléctrica un peso insignificante. Así, la mayor parte de estos ingresos se obtienen del servicio de abastecimiento en baja y

depuración urbana por parte de las EELL, seguido del regadío (autoservicio⁷⁶ y agua subterránea), y de la desalinización y reutilización donde existe (principalmente las Cuencas Mediterráneas Andaluzas).

Los ingresos del resto de cánones asociados al uso del DPH y los vertidos, no dirigidos tanto a la prestación material del servicio del agua como a la mitigación de las presiones que genera esa utilización (y por ello se excluyen del análisis de la recuperación de costes), son insignificantes, no llegan al 0,2% en las Cuencas Mediterráneas Andaluzas.

2. Coste del servicio

Los costes del servicio del agua tienen en cuenta todos los costes de cada una de las Administraciones que prestan el servicio del agua, incluidos los financieros y ambientales y tanto en alta como en baja, pero no tienen en cuenta el coste del recurso, por cuanto este coste de oportunidad no se ajusta a las reglas de utilización del agua en España⁷⁷. Los costes principales son los costes asociados a las ingentes inversiones hidráulicas para el abastecimiento en alta y la depuración de las aguas residuales urbanas, donde el 50% son para el uso urbano (abastecimiento y saneamiento) y aproximadamente entre el 30-40% para el uso agrario (principalmente autoservicio).

Los costes ambientales solamente se estiman en aquellas masas de agua que no se encuentran en buen estado, en base al coste de las medidas necesarias para alcanzar el buen estado (estén previstas o no en el programa de medidas). Estos valores se comparan con los costes financieros calculados (coste de la inversión más el mantenimiento y explotación), estimándose como coste medioambiental aquel sobre coste obtenido en comparación con dichos costes financieros. Coste no internalizado, que no suele superar el 15% del coste total.

El coste total, actualizado en los proyectos de los planes hidrológicos de tercer ciclo, se ha incrementado entre un 6 y un 20% con respecto al plan de segundo ciclo, principalmente debido al aumento del coste del servicio de abastecimiento urbano y en menor medida del regadío. El coste del uso industrial es más volátil, subiendo más

⁷⁶ Los ingresos por autoservicios, aquellos usos cuyo volumen de agua no es servida mediante servicios públicos de transporte y distribución, se estiman asumiendo una recuperación de costes similar a los servicios suministrados en alta y considerando que se recuperan todos los costes exceptos los ambientales. Valores poco fiables en comparación con los obtenidos de los cánones y tarifas cobrados por la administración hidráulica y las EELL.

⁷⁷ El coste del recurso requeriría un mercado libre del agua, en un contexto totalmente liberalizado, donde los intercambios fueran factibles por disponer de infraestructuras de conexión que físicamente los posibiliten y no estar sujetos a limitaciones administrativas. Condiciones que no se dan en España, salvo en algunas cesiones de derechos en los mercados del agua. En el proyecto de Plan Hidrológico del Guadalquivir se cifra en 0,5 euros/m³ el precio pagado por intercambio de derechos, p. 69 del anejo 9.

de un 60% en la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir y bajando un 6% en las Cuencas Mediterráneas Andaluzas.

3. Índice de recuperación de costes

Ya en el Informe sobre precios y costes de los servicios del agua en España, elaborado por el Ministerio del Medio Ambiente en el año 2007 (pp. 197-198), se señalaba que los precios del agua en ese año eran bajos, especialmente en el servicio urbano del agua y en el regadío, principalmente por las subvenciones públicas que se les otorgaban a estos servicios y la falta de inversión en la reposición de grandes infraestructuras de embalse y transporte que habían superado con creces su vida útil.

Apreciación contrastada por especialistas en la materia, como Corominas Masip, que tras la aprobación de los planes hidrológicos del primer ciclo, indicaba que «los estudios realizados de recuperación de costes para la planificación hidrológica no son muy fiables, puesto que si bien se han tenido en cuenta las subvenciones implícitas del 50% del coste de las inversiones previsto en el TRLA y un 20% adicional por laminación de avenidas, no se han tenido en cuenta la financiación europea de las mismas ni las subvenciones públicas a las infraestructuras en alta o en baja del ciclo urbano del agua. Así frente a una estimación media del 43% de recuperación de costes, el calcula que realmente sería un 23% de lo previsto por la DMA. Recuperación de costes que haría que el agua pasara de costar de media 0,025 euros/m³ a 0,089 euros/m³. Al cual habría que sumar el coste unitario de las medidas previstas en los planes, que aumentaría en un 0,141 euros/m³ de agua usada. Al respecto tan solo en el PHDH del Guadalquivir se propone un incremento en la recuperación de costes de 0,01 euros/m³ en los usos agrarios y de 0,033 euros/m³ en los urbanos e industriales»⁷⁸.

Opinión, que sería refrendada en el Informe emitido por la Comisión Europea sobre los planes hidrológicos del segundo ciclo, donde se reconoce que se ha mejorado el enfoque con respecto a los planes del primer ciclo, con una metodología más

⁷⁸ COROMINAS MASIP, J.: «Los nuevos planes hidrológicos de las cuencas andaluzas». XIII Seminario Nacional de planificación hidrológica de 30 de enero 2013, Observatorio del Agua- Fundación Botín, 2013, pp. 17-18. Del mismo modo, la Fundación Nueva Cultura del Agua (2014: 11) consideraba que los resultados oficiales de porcentajes de recuperación de costes por encima del 80% son falsos, estando realmente en menos del 10% debido a : «i) inadecuados plazos de amortización; ii) los fondos europeos son administrados como subvenciones a fondo perdido; iii) no se asumen costes adecuados de mantenimiento y reposición de infraestructuras y iv) se aplica un descuento correspondiente a la laminación de avenidas como forma de encubrir una subvención pública arbitraria, dado que dicho descuento no se corresponde con la capacidad de regulación reservada efectivamente a tal objetivo de laminación de avenidas» (que pueden llegar a un 50%, como es el caso de la DH del Guadiana). Por su parte ARROJO, P. (2014: 345) cita el estudio económico de la presa de Biscarrues, donde el porcentaje mal estimado de recuperación de costes del 97,4% se quedaría en tan solo el 1% una vez descartado el aprovechamiento hidroeléctrico, según la Universidad de Zaragoza.

sistemática y homogénea en la presentación de la información en los planes de la recuperación de los costes financieros y ambientales, pero que todavía falta realizar un esfuerzo significativo para estimar los costes de los servicios del agua generados, el ingreso obtenido mediante los instrumentos de recaudación, los niveles de recuperación de costes y la eficacia de las políticas de precios⁷⁹.

En el análisis económico, incluido en los proyectos de los planes hidrológicos de tercer ciclo (2022-2027) se estima el índice de recuperación de costes para cada uso, que oscila entre el 64% del Guadiana y el 86% del Guadalete-Bárbate. Índices que, si solo tuviéramos en cuenta los costes financieros, subirían por encima del 90%, con la excepción de la Demarcación del Guadiana que se quedaría entorno al 70% lastrado principalmente por la escasa recuperación en el ciclo urbano en Castilla-La Mancha.

Demarcación Hidrográfica	Guadalquivir	Guadiana	Segura	Tinto-Odiel-Piedras	Guadalete-Bárbate	Cuencas Mediterráneas Andaluzas
uso						
urbano	73	54	81	81	92	83
agrario	86	69	59	88	71	75
industrial	77	95	59	56	66	88
Generación hidroeléctrica	70	100	sd	sd	sd	78
total usos	78	64	67	74	86	80

Tabla 1- Índice de recuperación de costes totales de los planes tercer ciclo. Elaboración propia

Estos valores son, todos ellos, superiores a los calculados en los planes de segundo ciclo, de siete a diez puntos porcentuales, debido a una mejora de la recuperación de costes en el uso urbano y el regadío. En el uso industrial se observan retrocesos de recuperación en la Demarcación del Guadalquivir, pero por lo general, o se mantienen, o ascienden como en la del Guadiana.

⁷⁹ Asimismo, se indicaba que las excepciones generalizadas (para territorios enteros en el Ebro, o para determinado tipo de costes en el Guadiana p. ej.) no estaban justificadas adecuadamente de acuerdo con la DMA. Lo que hacía necesario avanzar en este tema, principalmente desde el punto de vista normativo, fijando por el Estado y las CCAA competentes un canon o tarifa del agua que recuperara íntegramente los costes del servicio, incluido el coste del agua.

IV. REFORMA DE LA FISCALIDAD DEL AGUA

Como se ha visto, los instrumentos de recuperación de costes regulados en el TRLA no fueron adaptados a los requisitos de la DMA y siguieron manteniendo la regulación de los cánones y tarifas creados por la Ley 29/1985 de Aguas⁸⁰. Tampoco la CA de Andalucía aprovechó la ocasión para modificar estos cánones en la LADA, e incluir los costes ambientales y del recurso, para así fomentar el uso eficiente de los recursos y el consiguiente buen estado de las masas de agua. Recuperación de costes que, si bien no es el único medio posible para alcanzar los objetivos ambientales, sí que es un instrumento muy eficaz del programa de medidas⁸¹.

Por ello, la Comisión Europea viene recomendando en sus informes de seguimiento que se modifique la normativa española en materia de fiscalidad del agua para adaptarlo al principio de recuperación de costes y alcanzar así los objetivos ambientales previstos en la DMA, por cuanto con los actuales instrumentos tributarios el índice de recuperación está en Andalucía por debajo del 80% de media. Por ello el Parlamento de Andalucía, mediante la proposición no de ley 11-20/PNLP-000141, respaldó en el pleno de 17/12/2020 las propuestas realizadas en el Pacto Andaluz por el Agua, de octubre de 2020, y manifestó «la necesidad de que todas y cada una de las administraciones, en el ámbito de sus respectivas competencias, lleven a cabo una actualización progresiva de las tarifas que permita la recuperación integral de los costes de los servicios relacionados con el agua»⁸².

⁸⁰ JIMENEZ COMPAIRED, I. (2020: 3) considera que «romper amarras con el pasado no es tan fácil», ya que «el peso de una tradición que vuela mucho más lejos que sobre los usos y costumbres de los operadores y de los usuarios, y que en el plano que nos interesa ha construido figuras que de manera más o menos visible tiene un componente de plurianualidad tan fuerte que hace complicado modificar el statu quo a mitad de ciclo».

⁸¹ Así lo indica el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 11 de septiembre de 2014 (C-525/12), p. 2, «El uso de instrumentos económicos por los Estados miembros puede resultar adecuado en el marco de un programa de medidas. El principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos asociados a los daños o a los efectos adversos sobre el medio acuático deben tenerse en cuenta, en particular, en virtud del principio de quien contamina paga».

⁸² Ya en el Acuerdo Andaluz por el Agua del año 2009 se exigía «la revisión del actual régimen económico financiero del agua, que debe responder a los principios de generalidad, equidad, calidad en el servicio, incentivación de la eficiencia, responsabilidad medioambiental y transparencia». Sin embargo, tan solo se contempló en la LADA la creación del canon de mejora para la financiación de obras de depuración, cuyo grado de desarrollo tampoco ha sido el esperable. Actualmente el Pacto Andaluz por el Agua plantea la necesidad de garantizar la recuperación de costes mediante la elaboración de una instrucción para reformar los instrumentos económicos-financieros, así como una bonificación por menor consumo o por ahorros en épocas excedentarias. Y para ello propone que las tarifas y cánones no sean proporcionales, sino progresivas o por escalones, de forma que cuanto más se consuma más caro sea el precio unitario de dicho agua, a través de una tarifa volumétrica binómica, en la que los servicios generales se facturarían en función de las dotaciones que figuren en el título concesional y los gastos por el uso del recurso en función del consumo real de cada usuario. Del mismo modo, propone implantar este principio en el ciclo integral

Esta actualización y modificación de las tarifas del agua, demandada por las asociaciones medioambientales y la sociedad en general, está en fase de análisis tanto en el ámbito autonómico como en el ámbito nacional. A tales efectos, Jiménez Compaired ha realizado en noviembre del 2020 un informe sobre la reforma de la fiscalidad del agua en España, en el cual se exponen varias propuestas para la reforma de los instrumentos de recuperación de costes en el agua. Nueva ordenación del sistema tributario y tarifario del agua que, sin perjuicio de que se realice en el propio TRLA o en una ley independiente, tendría las siguientes características⁸³:

- Abastecimiento en alta: modificación de los cánones y tarifas del art. 114 TRLA para fusionar el canon de regulación con la tarifa de utilización y la derivación de los gastos generales hacia una figura específica⁸⁴; eliminación de la aprobación anual y sistemas de actualización automática; ampliar el ámbito geográfico de repercusión a los sistemas o subsistemas; mejorar la regulación del hecho imponible, periodo impositivo y devengo, obligados tributarios y comunidades usuarios, cuantificación, distribución de cargas entre los usos e imputación de costes financieros; erradicar beneficios fiscales o excepciones; regular las bases de las tarifas locales; simplificar el gravamen de transferencias entre cuencas; e integrar el gravamen de los usos hidroeléctricos (eliminando el canon del art. 135 RDPH).

- Abastecimiento en baja: regular unas bases mínimas para las tarifas y tasas de los usos urbanos, y las derramas de las comunidades de usuarios en el ámbito agrario.

- Saneamiento: ordenación y armonización de los actuales tributos autonómicos a través de un cambio en la LOFCA y en el art. 111bis TRLA⁸⁵; introducir bases ordenadoras y reguladoras locales; cambios en el canon de control de vertidos en cuanto a la cuantificación; introducir una nueva tasa por la adquisición de las sustancias que generan contaminación difusa y un impuesto subsidiario del Estado de aplicación en las CCAA que no tengan implantado tributo alguno.

- Extracción de aguas: establecimiento de un nuevo impuesto estatal, no susceptible de cesión, que recayera sobre las administraciones y entidades que suministran el agua superficial o subterránea (con repercusión en los instrumentos del abastecimien-

del agua, mediante la actualización y reforma de la Orden de 10 de enero de 1984 para permitir la revisión de las tarifas de suministro de agua potable y la facturación de los consumos institucionales como el resto de usos.

⁸³ JIMENEZ COMPAIRED, I. (2020: 51-56)

⁸⁴ La propuesta coincide con el canon de servicios generales regulado en la LADA que, por falta de desarrollo reglamentario, en la actualidad sigue sin aplicarse en las cuencas intracomunitarias de Andalucía.

⁸⁵ No obstante, incluye una opción más dura que sería la de estatalizar el impuesto sobre la producción de las aguas residuales, cediéndolo de manera simultánea a las CCAA, que se acompañaría del desapoderamiento a las EELL de sus propias tasas, teniendo que recurrir al impuesto autonómico. Opción que, con matices, se ha recogido en la LADA con el canon de mejora de infraestructuras hidráulicas.

to en alta) y con cuantificación en función del volumen extraído, factores de uso y territoriales. Este impuesto de implantación paulatina, podría prever beneficios fiscales para aquellos titulares de derechos privativos que los cambiaran a aguas públicas.

- Otras propuestas: reordenar y actualizar el sistema actual de intervención en los precios del agua; reconocimiento normativo del derecho humano al agua con fórmulas de ayuda ajenas a las tarifas; regular un protocolo de corte de suministro general por impago de tasas; reforzar y actualizar la regulación actual del art. 112 TRLA y eliminar el canon hidroeléctrico del art. 112bis TRLA; y reglamentar las tasas de la Ley de Costas (hay CCAA que no aplican por no haber regulado en la materia).

Habrà que esperar a que se desarrollen estas propuestas a nivel autonómico (Pacto Andaluz por el Agua) o a nivel estatal (Informe sobre la reforma de la fiscalidad del agua), para comprobar la bondad de las mismas para alcanzar el 100% de la recuperación de los costes del servicio del agua, incluidos los costes ambientales y del recurso y, con ello, conseguir el buen estado de la totalidad de las masas de agua en Andalucía.

V. CONCLUSIONES

La sobreexplotación de los recursos hídricos y el empeoramiento de la calidad de las aguas y ecosistemas acuáticos en Europa llevaron a la Comisión Europea a implantar, como una medida básica e imprescindible de los planes hidrológicos y de la gestión del agua, el principio de recuperación de costes. Principio que como mantienen autores como Berbel Vecino⁸⁶ o el propio Tribunal de Justicia de la UE, no constituye una «solución mágica» ni la única medida posible para devolver el buen estado a las masas

⁸⁶ BERBEL VECINO, J., «Impacto para la agricultura española del documento Blueprint to safeguard Europe's wáter resources», Working paper 13/1, 2013, pp. 5-8, considera que el principio de recuperación de costes o «wáter pricing» se ha convertido en la solución mágica de la UE para ahorrar recursos hídricos, mejorar la eficiencia en el consumo y proteger y conservar el buen estado de las masas de agua. Sin embargo en regadíos con sistemas eficientes de alto valor añadido y riego deficitario en regiones con alta escasez, como se da en la zona sur y este de España, la utilidad de los precios del agua de riego es muy limitado en general y prácticamente inservible. Y propone diferenciar el principio de «recuperación de costes» de la DMA del instrumento «wáter pricing», ya que este instrumento puede ir mucho más allá de la mera recuperación de costes del servicio del agua. Por lo que se debe seguir profundizando en el análisis del uso de instrumentos económicos para controlar la demanda de agua en Europa, ya que todavía no se conoce lo suficiente el impacto real de este instrumento. El intento de aplicar unos mismos instrumentos a la gestión del agua en toda Europa, como es utilizar el precio del agua para dotar de eficiencia su uso especialmente en regadío, choca con la diferente situación hídrica y agrícola que existe en el ámbito territorial de Europa. No es comparable los cultivos con dotaciones exageradas en los países del norte (con abundancia de recursos hídricos y con coste bajo de aprovechamiento), que los cultivos con infradotaciones del sur de Europa por la escasez de recursos, que deben mejorar la eficiencia de sus sistemas de riego y fuentes alternativas de recursos como la reutilización o desalación para poder rentabilizar sus producciones. Al respecto también se puede consultar a: BERBEL VECINO, J. y GÓMEZ-LIMÓN, J.A: «The impact of wáter pricing policy in Spain: an analysis of three irrigated áreas», *Agricultural Water Management* 43, 2000, pp. 219-238.

de agua, pudiéndose implantar otras medidas para evitar vertidos a dichas masas de agua y limitar las extracciones abusivas de agua que nos permitan alcanzar los objetivos medioambientales de buen estado de las masas de agua.

No obstante, la recuperación de costes se viene mostrando como una herramienta muy eficaz para reducir el consumo de agua en una sociedad de mercado libre con escasez de recursos y, así, mejorar la eficiencia en su consumo y el correspondiente valor añadido de su consumo⁸⁷, derivando los recursos hídricos desde las producciones agrícolas e industriales menos eficientes hacia las que aplican las mejores técnicas disponibles (como ha ocurrido en el levante peninsular). Utilización más eficiente que puede provocar el abandono de miles de hectáreas de regadío extensivos en el centro y sur peninsular y, como fuente principal de arraigamiento de la población al campo que es, la despoblación de una parte importante de España. Por ello, la aplicación de este principio de recuperación de costes se condiciona en el art.111bis.3 TRLA a las consecuencias sociales, ambientales y económicas, así como de las condiciones de cada territorio y población, y obliga a realizar un análisis detenido y pormenorizado a nivel de cuenca hidrográfica, o mejor de sistema de explotación, para establecer el coste a repercutir a cada uso concreto.

A tales efectos, los planes hidrológicos de segunda ciclo incorporaron un estudio económico de los costes repercutidos al servicio del agua en cada demarcación hidrográfica, obteniendo una tasa media de recuperación de costes del 68% (incluyendo los costes ambientales). Estudio revisado en los planes de tercer ciclo que actualmente se están elaborando, donde se obtiene un porcentaje medio por encima del 75% en Andalucía pero con amplias variaciones por cuencas hidrográficas. Valores que son, en general, poco creíbles por cuanto siguen sin contar «con información suficiente sobre los costes en los que incurren los distintos agentes para la prestación de los servicios relacionados con el agua», y por ello hay costes de regulación que no son repercutidos, se producen subvenciones cruzadas debido a la aplicación de coeficientes distintos para cada uso⁸⁸, y se imputan costes ambientales a usos que no los producen (así el

⁸⁷ Así, el recurso agua ha comenzado en EEUU el 8/12/2020 a cotizar en el mercado de futuros de materias primas Nasdaq Veles California Water Index, al igual que lo hacen otros productos naturales escasos como el petróleo o el oro. Según informa el periódico 20minutos la cotización ese día era de 486,53 dólares por acre-pie (equivalente a 1.233 m³). <https://www.20minutos.es/noticia/4503839/0/el-agua-comienza-cotizar-en-el-mercado-de-futuros-de-wall-street/>. Esta cotización, estimada como precio semanal promediado entre la cinco principales Cuencas Hidrográficas de California, se prevé que permita mejorar los contratos de compraventa de recursos entre agricultores y una mayor correlación entre la oferta y la demanda de agua, en una zona como California con una escasez de agua recurrente.

⁸⁸ Subvención cruzada que justifica la mejora del porcentaje de recuperación de costes en los planes hidrológicos de tercer ciclo a pesar de que desde el año 2011 se vienen prorrogando los cánones de regulación y tarifas de utilización en las cuencas intracomunitarias de Andalucía. Así se viene produciendo desde la aprobación de la LADA un aumento de la recaudación tributaria en el uso urbano, principalmente con el canon de mejora, y manteniéndose la recaudación agraria e industrial. Así en el anejo 9 del proyecto

coste de la contaminación por nitratos procedentes de la agricultura se repercute a los abastecimientos, y no al uso agrícola, como correspondería)⁸⁹.

A pesar de las presiones de los usuarios por seguir manteniendo sus prebendas en los cánones y tarifas implantados y los problemas sociales y económicos que se pueden derivar de recuperar la totalidad de los costes en el uso agrícola e industrial en las zonas menos desarrolladas, generalmente de ámbito rural, la UE y la sociedad en general vienen reclamando una mayor información en cuanto a la fiscalidad del agua y una aplicación del principio de recuperación de costes que permita alcanzar el buen estado de las masas de agua. Ello ha derivado en las propuestas realizadas a nivel estatal y andaluz para la modificación de la regulación normativa de los tributos y cánones establecidos en el TRLA y la LADA, respectivamente, que se han indicado en el apartado IV de este estudio. Propuestas que comparto plenamente, por cuanto no se puede demorar aún más la aplicación del principio de recuperación de costes y la consecución del buen estado de la totalidad de las masas de agua en Andalucía y en España. Nueva marco normativo que requiere de un amplio consenso político y social de todas las partes implicadas que ampare una actualización progresiva de las tarifas hasta la recuperación integral de los costes del servicio del agua. No es fácil romper amarras con el pasado, como indica Jiménez Compaired⁹⁰, pero es imprescindible que nos embarquemos en este barco (modificar los instrumentos de recuperación de costes), si no queremos estancarnos en una gestión ineficiente del agua y deseamos seguir el desarrollo económico del resto de países de Europa y del mundo (como ejemplo de ello se pueden mencionar la gestión del agua en California).

de Plan Hidrológico de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas del tercer ciclo se estima el coste del agua para uso urbano en 1,310 euros/m³ frente a los 0,37 del uso agrario y 0,735 del industrial.

⁸⁹ Fundación Nueva Cultura del Agua, Evaluación del primer ciclo de planificación hidrológica en España en aplicación de la Directiva Marco del Agua, 2014, pp. 248-249. Así, estos estudios siguen cometiendo los mismos errores ya apuntados en los planes hidrológicos de primer ciclo, ya que a juicio de LA ROCA, F. y LA CALLE, A., «La recuperación de costes en el segundo ciclo de planificación», Informe del observatorio de políticas del agua 2017. Retos de la planificación y gestión del agua en España, Fundación Nueva Cultura del Agua, 2018, pp. 62-65, los defectos apuntados a estos planes por la Comisión Europea tienen un carácter estructural, por cuanto han partido de una insuficiencia del análisis económico realizado en los primeros planes (no se han realizado nuevos estudios al respecto), han utilizado un modelo conceptual y metodológico deficiente a la hora de estimar los costes ambientales y del recurso y no han modificado la política de precios del agua para promover el uso sostenible del agua y la prevención del deterioro de los ecosistemas. No obstante, consideran que «el marco legislativo existente limita la consideración adecuada de la recuperación de costes, debido a una transposición insuficiente e inadecuada de la DMA, y a que los instrumentos de recuperación de costes del Estado y de las CCAA tienen un alcance y una capacidad recaudatoria limitada».

⁹⁰ JIMENEZ COMPAIRED, I. (2020: 3).

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ, G. Y SASTRE BECEIRO, M.: *Leyes de aguas y política hidráulica en España*, Comares, 1999.

ARRIETA MARTINEZ DE PISON, J., *Régimen fiscal de las aguas*, Civitas, 1991.

ARROJO AGUADO, P:

- «Más claro, agua. Una visita guiada a los principios de la Directiva Marco del Agua», *Seminario sobre el Voluntariado para la Conservación de Ríos y Riberas*, CENEAM, Ministerio de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente, 2007.

- «Costes de los servicios de agua y nivel de recuperación de costes» en Fundación Nueva Cultura del Agua: *Evaluación del primer ciclo de planificación hidrológica en España en aplicación de la Directiva Marco del Agua*, 2014, pp. 344-352.

BERBEL VECINO, J.: «Impacto para la agricultura española del documento *Blueprint to safeguard Europe's wáter resources*», Working paper 13/1, 2013.

COMISIÓN EUROPEA:

- *Informe sobre la aplicación de los Planes Hidrológicos de Cuenca de la Directiva Marco del Agua Estado miembro: España*, Bruselas, 17/7/2018.

- *Towards a Sustainable Europe by 2030*, 2019.

- *Revisión de la aplicación de la política medioambiental*. Informe de España, 2019.

COROMINAS MASIP, J.: «Los nuevos planes hidrológicos de las cuencas andaluzas». *XIII Seminario Nacional de planificación hidrológica de 30 de enero 2013*, Observatorio del Agua– Fundación Botín, 2013.

COROMINAS MASIP, J., HERNÁNDEZ-MORA, N., LA CALLE, A. y LA ROCA, F.: «Recuperación de costes del agua. Diagnóstico de los segundos planes hidrológicos y propuestas de mejora», *Fundación Nueva Cultura del Agua*, 2017.

DELGADO PIQUERAS, F., «La trasposición de la Directiva Marco de Aguas en España», *Revista de Administración Pública* núm. 165, 2004, p. 181-214.

DIRECCIÓN GENERAL DEL AGUA, *Síntesis de los Planes Hidrológicos Españoles, segundo ciclo de la DMA (2015-2021)*, 2017.

EMBID IRUJO, A., «Precios y mercados del agua», *Ingeniería del Agua*, volumen 4 núm. 1, 1997, pp. 13-16.

FANLO LORAS, A.: «Los planes de gestión y los programas de medidas en la Directiva Marco de Aguas. Su confusa transposición al Derecho español», *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, 2006.

FUNDACIÓN NUEVA CULTURA DEL AGUA: *Evaluación del primer ciclo de planificación hidrológica en España en aplicación de la Directiva Marco del Agua*, 2014.

GARCIA VALIÑAS, M.A. y ARBUÉS GRACIA, F., «La fiscalidad del agua» en el Seminario: *El agua en España: economía y gobernanza*, Fedea, 2020.

JIMENEZ COMPAIRED, I., «Informe sobre la reforma de la fiscalidad del agua en España», *Libro verde de la gobernanza del agua en España*, MITECO, 2020.

LA ROCA, F. y LA CALLE, A.: «La recuperación de costes en el segundo ciclo de planificación», en LA ROCA, F. y MARTINEZ, J. (coord.): *Informe del observatorio de políticas del agua 2017. Retos de la planificación y gestión del agua en España*, Fundación Nueva Cultura del Agua, 2018, pp. 60-68.

MAESTU UNTURBE, J. – BERBEL VECINO, J., «Financiación de servicios de agua y la aplicación de excepciones al principio de recuperación de costes» en EMBID IRUJO, A. (dir.): *Régimen económico-financiero del agua: los precios del agua*, Civitas, 2009, pp. 297-315.

MELGAREJO MORENO, J. y BARCIELA LOPEZ, C. (coord.), *El agua en la historia de España*, Universidad de Alicante, 2000.

MENÉNDEZ REXACH, A., «Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial, los contratos de cesión de derechos de aprovechamiento en la Legislación estatal de aguas» en EMBID IRUJO, A. (dir.): *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio*, Tomo I, 2002, p. 65-82.

MINISTERIO DE HACIENDA: *Informe de la Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario español*, 2014.

OCDE, *Princing of Water Services*, 1987.

PARDO FALCON, J. (coord.), «Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía», *Parlamento de Andalucía*, 2012.

RAMIREZ GOMEZ, S., «Los principios rectores de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia financiera y tributaria (1981-1989)*, Tecnos, 1990.

RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: «Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española», *Revista Española de Derecho Financiero* núm. 100, 1998, pp. 593-626.

ROSEMBUJ, T.: «Los impuestos ambientales en las Comunidades Autónomas», *Quincena Fiscal* núm. 9, 2007, pp. 9-15

SANCHEZ GALIANA, J.A., «La fiscalidad del agua en Andalucía», *Ponencia del seminario: Financiación del agua*, 2011, Facultad de Dret, UB, pp. 1-12. [Http://C:/Users/USER/Downloads/11_semi_fa_ponen_jsanchez.pdf](http://C:/Users/USER/Downloads/11_semi_fa_ponen_jsanchez.pdf)

ZARATE MARCO, A., VALLES GIMENEZ, J. y TRUEBA CORTES, C., «Descentralización Fiscal y Tributación Ambiental. El Caso del Agua en España», *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 24, 2007, pp.1-55.

**La prestación de garantías para el pago
de indemnizaciones en la demolición de inmuebles por
orden judicial: el artículo 108.3 de la LJCA**

**The provision of guarantees for the payment of
indemnifications in the demolition of property by
court order: article 108.3 of the LJCA**

Mónica Alcudia Morales

Graduada en Derecho

Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. FINALIDAD DEL ARTÍCULO 108.3. III. ¿CONSTITUYE EL PRECEPTO UN SUPUESTO DE INEJECUCIÓN O DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA? 1. Conexión entre el derecho a la ejecución de sentencias y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE. 2. Imposibilidad legal y material de ejecutar una sentencia. IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL. CUESTIÓN DE TRANSITORIEDAD. V. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO. 1. Actuaciones con licencia, sin licencia y contra licencia. 2. Actuaciones sin licencia y contra licencia. ¿Se incluyen en el ámbito de aplicación objetivo del precepto? VI. INDEMNIZACIONES DEBIDAS: ¿ES PRECISO LA TRAMITACIÓN DE UN PROCESAMIENTO CONTRADICTORIO Y REQUIERE QUE TALES INDEMNIZACIONES HAYAN SIDO FIJADAS COMO DEBIDAS EN UN PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL O EN UN INCIDENTE DE INEJECUCIÓN DE SENTENCIA? VII. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO: LOS TERCEROS DE BUENA FE. 1. Alcance y significado de la expresión “terceros de buena fe”. Primeras sentencias del TS. 2. Alcance y significado de la expresión “terceros de buena fe”. STS 54/2021 de 21 de enero. 3. El tercero de buena fe: derecho real de propiedad, vivienda habitual y lugar donde se desarrolla una actividad empresarial o profesional. VIII. GARANTÍA SUFICIENTE PARA EL PAGO DE LAS INDEMNIZACIONES DEBIDAS A LOS TERCEROS DE BUENA FE. 1. Naturaleza jurídica de la expresión garantías suficientes. ¿Cómo

Recibido: 12-10-2021

Aceptado: 4-11-2021

debe sustanciarse procedimentalmente esta exigencia? 2. ¿En todo caso son las Administraciones las obligadas a la prestación de las garantías suficientes?
IX. CONCLUSIONES. X. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El punto 3 del artículo 108 de la Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa introducido por la Ley Orgánica 7/2015 vigente desde el 1 de octubre de ese mismo año, ha generado desde su entrada en vigor y en mi opinión seguirá generando problemas de aplicación práctica.

El presente trabajo realiza un estudio de las Sentencias del Tribunal Supremo existentes hasta el momento completando dicho análisis con la doctrina que apoya o disiente sobre la efectividad de la medida legislativa que pretende, que antes de proceder a la demolición de un inmueble se presten las suficientes garantías para responder al pago de las indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe.

Situación que choca frontalmente con el derecho a la ejecución de sentencias en sus propios términos como cuestión incluida dentro del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española. Se intenta dar una respuesta apropiada a diferentes cuestiones de señalada importancia que podrán servir de nivelador entre la finalidad garantista que pretende y la ejecutividad de las resoluciones judiciales.

PALABRAS CLAVES: Ejecución de sentencias urbanísticas. Tutela judicial efectiva. Tercero de buena fe. Indemnizaciones debidas.

ABSTRACT: Point 3 of article 108 of Law 29/1998 Regulating the Contentious-Administrative Jurisdiction introduced by Organic Law 7/2015 in force since October the 1st of that same year, has generated since its entry into force, and in my opinion will continue to generate, problems of practical application.

The present work carries out a study of the Judgments of the Supreme Court existing so far completing this analysis with the doctrine, that supports or dissents, on the effectiveness of the legislative measure that seeks, that before proceeding to the demolition of a property, sufficient guarantees are provided to respond to the payment of compensation owed to third parties in good faith.

This situation clashes head-on with the right to the execution of sentences in its own terms as a matter included in the right to effective judicial protection of article 24 of the Spanish Constitution. An attempt is made to give an appropriate response to different questions of marked importance that may serve as a leveller between the guarantor purpose sought and the enforceability of judicial decisions.

KEYWORDS: Execution of urban planning sentences. Effective judicial protection. Third party in good faith. Indemnities due.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 108 inciso tercero de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA), Ley 29/1998, de 13 de julio, nace a raíz de la reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial, LO 7/2015, de 21 de julio por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Así, nuestro legislador incluye este nuevo apartado por disposición final 3.4 de la citada Ley Orgánica.

El artículo 108.3 de la LJCA se expresa como sigue:

“El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.

El precepto de carácter especial, que regula una situación muy particular, trata de salvaguardar tres intereses claramente diferenciados. El primero, el derecho a que las sentencias se ejecuten en sus propios términos consecuencia del mandato constitucional del artículo 24 de la Constitución Española (en adelante CE), derecho a la tutela judicial efectiva. El segundo, la protección de unos sujetos posibles perjudicados¹ cuyos derechos pueden verse menoscabados como consecuencia de éste y el último, la salvaguarda del interés público.

El punto 3 del artículo 108 desde su entrada en vigor ha generado, está generando y en nuestra opinión seguirá generando, dificultades en su aplicación debido a la multitud de conceptos jurídicos indeterminados de los que está colmado, siendo un verdadero desafío interpretativo. Prueba de ello, la sustancial cantidad de recursos de casación planteados ante la Sala 3^o, sección 5^o del TS² entre los que podemos destacar la STS 1191/2018³, que resuelve el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Cantabria contra los Autos de ejecución, confirmados en reposición por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en la que el alto Tribunal, hace una recopilación de los fundamentos jurídicos utilizados en las anteriores sentencias para dar respuesta a los interrogantes que plantea el precepto.

¹ Véase CLIEN GALLART, J. A., “El papel de los residentes europeos en la modificación de los procesos de ejecución judicial de demolición de obras ilegales”. *Revista Boliviana de Derecho*, núm.28, (2019), p.42.

² En adelante todas las sentencias que se citen del TS, salvo señalamiento expreso, pertenecen a la Sala 3^o, sección 5^o.

³ Sentencia del Tribunal Supremo 1191/2018 de 11 de julio, rec. 140/2017, FJ 2^o.

La redacción un tanto ambigua⁴ y enigmática del precepto ha generado, en la doctrina, en las Administraciones Públicas y en los sujetos a cuyo ámbito le es aplicable, un gran interés⁵ por dar el sentido apropiado al texto desde la problemática perspectiva procesal y material que suscita.

El presente trabajo tiene por objeto hacer un recorrido a través de aquellas instituciones que pueden presentar un interés preeminente, es decir, un interés basado en aportar al lector una visión general, aproximada y lo más acertada posible del artículo 108.3 de la LJCA a través de la jurisprudencia, la doctrina y la opinión que me genera.

Entre otras cuestiones, habida cuenta la extensión del presente trabajo, el cual no ha permitido abarcar situaciones que resultarían de interés esclarecer y que pudiendo haber sido objeto de estudio no lo han sido, bien por escapar del propio ámbito del Derecho Administrativo o bien por afectar a materias adyacentes al mismo, nos hemos centrado, en concreto, en las siguientes cuestiones: ¿constituye el precepto un supuesto de inejecución o de suspensión de la ejecución de la sentencia? ¿cuál es su ámbito de aplicación temporal? ¿cuál es su ámbito de aplicación objetivo? ¿qué debe entenderse por indemnizaciones debidas? ¿quiénes están obligados a la prestación de garantías suficientes para el pago de las indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe?

II. FINALIDAD DEL ARTÍCULO 108.3

Resulta curioso que en la exposición de motivos de la LO 7/2015, de 21 de julio no se haga referencia alguna a la finalidad de la nueva regulación contenida en el artículo 108.3 de la LJCA. Por el contrario, si se hace mención expresa en relación con la reforma del recurso de casación. Posiblemente debido a la incorporación tardía durante la tramitación parlamentaria de la ley en el Senado, generando así, importantes problemas interpretativos y dificultades en su aplicación.

Lo ideal hubiera sido que una importante reforma operada en sede de ejecución de sentencias se hubiese realizado con la quietud necesaria para dejar suficientemente claros los motivos, finalidades y ámbitos de aplicación de la norma. Hay que precisar que esta importante reforma en último término puede afectar a derechos constitucionalmente protegidos como son el derecho de propiedad (art. 33 CE), el derecho

⁴ En este sentido, indica Navarro Espejo que “la redacción del artículo constituye un verdadero reto para cualquier operador del derecho y plantea numerosas dudas en su interpretación”, véase NAVARRO ESPEJO, A. J., “La demolición de inmueble ordenada por los órganos judiciales contencioso-administrativos”. *Cabálex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla – La Mancha*, núm. 18, (2019), p. 28.

⁵ Los preceptos con redacciones ambiguas provocan inseguridad jurídica porque el interesado dará el sentido más conveniente a sus intereses particulares.

de libertad de empresa (art. 38 CE) o a los “principios rectores de la política social y económica”: el derecho a una vivienda digna y uso del suelo (art. 47) y el derecho a un medio ambiente adecuado (art. 45 CE). Sin embargo, la falta de referencia del legislador y los confusos términos en los que se pronuncia el precepto, recordemos: “en los casos en que además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, la prestación de garantías suficientes [...] a terceros de buena fe”, nos hacen plantearnos diferentes cuestiones que a día de hoy parecen no estar claras.

Podemos señalar que la intención y finalidad del legislador es tripartita. En primer lugar, el restablecimiento de la realidad física alterada⁶ a la que se llega mediante la ejecución de la sentencia que declara la ilegalidad de la construcción. En segundo lugar, y como derivación de la primera, el cumplimiento del artículo 24 de la CE como mandato que no agota su contenido en la simple declaración de contravención de la normativa, sino que conlleva la ejecución del fallo en sus propios términos y, en tercer lugar, la protección de unos terceros de buena fe como condición previa a la demolición. Claro está, que esclarecer cuáles han sido los motivos que han llevado al legislador a promulgar el artículo no resuelve las diferentes cuestiones que éste plantea. Sin embargo, dotarán de contenido y sentido al precepto y, al contrario, si no entendemos la motivación y finalidad del precepto seguramente no seamos capaces de dar el sentido justo y apropiado a los términos en que se expresa el artículo 108.3. Así, cuando la norma se refiere a “la construcción de un inmueble”, ¿se está refiriendo a cualquier tipo de inmueble, por ejemplo, un muro de linde o una acequia de regadío, o, por el contrario, se está refiriendo sólo a edificaciones para habitabilidad? Si sólo se refiere a edificaciones habitables ¿el artículo protege sólo las situaciones en las que el uso es de vivienda habitual o también protege las segundas residencias?⁷ ¿protege las situaciones en las que el inmueble tiene un destino empresarial?

Podemos pensar atendiendo a la literalidad del texto, que con la palabra “inmueble” el legislador hace referencia a la definición que el Código Civil da en su artículo 334 y, por tanto, quedar comprendidos todos los supuestos que a modo de ejemplo hemos señalado, entendiendo, que ésta es la postura más acertada para no dejar fuera ciertas situaciones que también deben ser protegidas.

En cuanto a la referencia a “sujetos terceros de buena fe” debemos plantearnos, si el legislador estaba pensando en la protección de sólo algunas situaciones de aquellos sujetos que derivan de un derecho de propiedad o si por el contrario, también incluía otras situaciones habilitadas por otro título jurídico. Hay autores que sostienen

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 1191/2018 de 11 de julio, rec. 140/2017, FJ 2º.

⁷ Véase CLIEN GALLART, J.A. (2019: 404-429).

que el supuesto de hecho contenido en la norma y, por tanto, los sujetos que pueden ser protegidos si se cumplen los demás requisitos que contiene, es aquel que tiene relación con el derecho de propiedad. Para Mediavilla Cabo⁸, la finalidad del apartado tercero del artículo 108 es fomentar la seguridad y el tráfico jurídico mediante la garantía del derecho de propiedad privada consagrado en el artículo 33 de la Constitución Española, a los terceros de buena fe de similar modo que lo hace el artículo 319.3 del Código Penal⁹ introducido por reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En una línea parecida, Arroyo y Rodríguez Florido¹⁰ apuntan que la finalidad del precepto es la de otorgar la suficiente protección a aquellas personas que posteriormente al haber adquirido un inmueble de buena fe se encuentran con una sentencia judicial que ordena la demolición del mismo por haber sido construido infringiendo la legalidad vigente en relación con el planeamiento urbanístico.

El TS en STS 1191/2018; 1102/2018; 905/2018¹¹, entre otras, no se refiere al derecho de propiedad en sí mismo, sino que hace referencia a tres situaciones¹² de protección diferentes: “intereses privados de aquellos que habiendo adquirido de buena fe”; “procesos que pueden incidir en la situación jurídica de terceros”; “personas que disfrutan de buena fe una edificación”. Como se puede comprobar, para el TS la finalidad y la motivación que ha llevado al legislador a introducir este nuevo apartado no se ciñe únicamente a la protección de aquellos terceros adquirentes que tienen sobre la edificación un derecho de propiedad, sino que, deja la puerta abierta

⁸ Véase MEDIAVILLA CABO, J. V., “Reflexiones con relación al artículo 108.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 43, (2017), p. 25.

⁹ El apartado 3 del artículo 319 del CP dice “En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, [...] y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas”. La diferencia sustancial con el artículo 108.3 de la LJCA está en el carácter facultativo y no imperativo de la constitución de las garantías para hacer frente a las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe y que, el precepto penal habla de “suspensión temporal” pudiendo entenderse en este caso, una suspensión de la ejecución en tanto el Juez o Tribunal aprecie, oída la Administración competente, la necesidad de constitución de garantías que aseguren el pago de las indemnizaciones debidas.

¹⁰ En este sentido, véase ARROYO, A. Y RODRÍGUEZ FLORIDO, I., “La demolición de inmuebles y el artículo 108.3 LJCA: Análisis de los recientes pronunciamientos judiciales”. *Revista de Administración Pública*, núm. 208, (2019), p. 331.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo 1191/2018 de 11 de julio, rec. 140/2017, FJ 2º y 3. Sentencia del Tribunal Supremo 905/2018 de 1 de junio, rec. 571/2017, FJ 2º. Sentencia del Tribunal Supremo 1102/2018 de 28 de junio, rec. 1/2016, FJ 2º y 4º.

¹² STS 1191/2018; 905/2018; 1102/2018. “El legislador, [...] ha tratado de introducir la defensa y protección por parte del órgano [...] de los intereses privados de aquellos que habiendo adquirido de buena fe, pueden resultar perjudicados por tal ejecución”; “el precepto responde a la necesidad [...] de existencia de procesos sobre regularización urbanística de determinadas edificaciones o instalaciones, cuya efectividad, mediante la ejecución de la correspondiente sentencia, puede incidir en la situación jurídica de terceros”; “debemos concretar que la finalidad del nuevo artículo 108.3 de la LJCA es dispensar protección a aquellas personas que disfrutan de buena fe una edificación y, con posterioridad, una sentencia ha ordenado su demolición por considerarla ilegal”.

a que puedan verse beneficiados otros sujetos que de buena fe ostentan otro título distinto del de propiedad dotando al precepto de un campo de aplicación más amplio.

Adelantando en parte lo que se tratará a lo largo del presente trabajo, puedo decir que la intención del legislador en este sentido ha sido la de procurar protección a aquellas personas que teniendo un derecho sobre una edificación puedan verse perjudicados por la ejecución de una sentencia que declara la ilegalidad de esta, y la consiguiente demolición.

En la misma línea expuesta se expresa Navarro Espejo¹³. En base a lo dispuesto en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña STSJC 729/2018¹⁴, este autor apunta que la finalidad del artículo 108.3 LJCA responde a la necesidad de atender a situaciones que derivan de los procesos de regularización urbanística, los cuales, mediante la ejecución de la sentencia que declara la demolición de lo construido y la reposición de la realidad física alterada, los terceros de buena fe que no siendo parte en el procedimiento puedan verse perjudicados por la ejecución de la sentencia. Es decir, una vez se haya determinado su perjuicio, ya no puedan ser indemnizados por no haberse asegurado su derecho ex ante a la efectividad de la sentencia.

Por tanto, podemos entender que la finalidad del artículo es proceder, conforme a la legalidad vigente, a devolver a su estado original la realidad física alterada y de esta forma, dar cumplimiento al mandato constitucional de tutela judicial efectiva llevando, a debido efecto, el fallo de la sentencia y proteger, mediante una justicia garantista, los intereses de terceros de buena fe que gozan de un derecho sobre una edificación declarada ilegal que va a ser demolida.

El artículo regula una situación en la que entran en conflicto varios intereses, y por esta razón, la complejidad de este: la protección de la legalidad urbanística, el respeto al dominio público, el derecho al paisaje, derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado. De esta complejidad que deriva del artículo, destaca la de los intereses de aquellos sujetos que de buena fe gozan de la edificación que le va a ser arrebatada por una sentencia. Por último, no debemos olvidar los posibles afectados colateralmente, que aunque sus intereses no se vean perjudicados directamente serán en última instancia los obligados a pagar los costes de las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial, como son por ejemplo, los vecinos de un ayuntamiento.

¹³ Véase NAVARRO ESPEJO, A.J. (2019: 47).

¹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 729/2018 de 30 de julio, rec. 466/2017, FJ 2º.

III. ¿CONSTITUYE EL PRECEPTO UN SUPUESTO DE INEJECUCIÓN O DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA?

1. Conexión entre el derecho a la ejecución de sentencias y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE

Dar la respuesta apropiada y justa a esta cuestión es fundamental porque de ello puede depender la constitucionalidad del artículo en relación con el artículo 24 de la CE pronunciándose en este sentido doctrina¹⁵ y jurisprudencia. A primera vista con la expresión que utiliza el legislador “El Juez o Tribunal, [...] exigirá, como condición previa a la demolición [...], la prestación de garantías suficientes” se pudiera sostener e incluso se ha sostenido por los intervinientes en el proceso, que lo preceptuado es un supuesto de inejecución y/o suspensión mientras no se presten las garantías suficientes, o en su caso, no se lleguen a prestar.

El punto de partida para dar respuesta a esta cuestión, tal y como dispone el TS en diversos pronunciamientos, se encuentra en la conexión existente entre el derecho/deber a la ejecución de la sentencia y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la CE. Sobre esta conexión inescindible entre la ejecución de las sentencias en sus propios términos y el derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 24 de la CE se ha pronunciado el TS¹⁶ resolviendo sobre el siguiente objeto de casación si “el art. 108.3 LJCA, constituye e integra uno de los supuestos englobados dentro del art.105 del citado cuerpo legal, como causa que impida o imposibilite, al menos temporalmente, la ejecución de una sentencia firme”.

El alto tribunal señala que “el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE no sólo alcanza a la fase declarativa, sino que comprende también el derecho a obtener la ejecución de lo resuelto en resolución firme, evitando así que se convierta en meras declaraciones sin valor efectivo alguno”¹⁷. El citado artículo 24, derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no agota su contenido en la vertiente positiva, esto es, en la mera declaración del fallo que reconoce cierto derecho, sino que, además, cuando sea condenatorio debe extenderse a la vertiente negativa del

¹⁵ En este sentido, como bien indican Arroyo, A. y Rodríguez Florido, I. “No es una cuestión bailable, ya que de su interpretación pende, según el propio Tribunal Supremo, la constitucionalidad y compatibilidad de dicho precepto con el derecho a la tutela judicial efectiva”. En ARROYO, A Y RODRÍGUEZ FLORIDO, I. (2019: 338).

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 1409/2017 de 21 de septiembre, rec. 477/2016, FJ 8º; Sentencia del Tribunal Supremo 1191/2018 de 11 de julio, rec. 140/2017, FJ2º.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 1409/2017 de 21 de septiembre, rec. 477/2016, FJ 8º.

mismo, siendo éste, el derecho que asiste al sujeto que haya obtenido el pronunciamiento favorable a que vea realizado el cumplimiento de lo sentenciado¹⁸.

El derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la CE¹⁹ tiene su asiento en los artículos 103.2, 104.1, 105.1 y 109 de la LJCA que ordenan respectivamente lo siguiente “las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en estas se consignan”; “luego que sea firme la sentencia [...] la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo”; “No podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo” y “sin contrariar el contenido del fallo”. De esta manera, la Ley Jurisdiccional insiste en la obligación que atañe a las partes de cumplir con el fallo de la sentencia. Sin embargo, el apartado segundo del artículo 105²⁰ de dicho cuerpo legal contempla una excepción a esa regla general, siendo la siguiente: “si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia [...]”. Es decir, el precepto contempla la posibilidad de no ejecutar total o parcial o de suspender la ejecución cuando se dé uno de estos dos supuestos: imposibilidad legal e imposibilidad material²¹. ¿A qué se refiere la norma cuando señala que no se procederá a la demolición hasta que no se hayan prestado las garantías suficientes para el pago de las indemnizaciones debidas? ¿Debe entenderse que el art. 108.3 introduce un supuesto de inejecución o suspensión de la ejecución²² en base al art. 105.2 de la LJCA?

2. Imposibilidad legal y material de ejecutar una sentencia

La imposibilidad legal²³ de ejecución se produce cuando se ha materializado un cambio en la normativa vigente que convierte lo que antes era ilegal en legal. Por su parte, se produce una imposibilidad material²⁴ de ejecución cuando se da un impe-

¹⁸ El TC se ha pronunciado sobre el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva en el trámite de ejecución de sentencia. STC 58/1983 y STC 109/1984 en Sentencia del Tribunal Supremo 1191 de 11 de julio, rec. 140/2017, FJ 2º.

¹⁹ Véase CHINCHILLA PEINADO, J. A., “La efectividad del derecho a la ejecución del fallo que impone la demolición de edificaciones urbanísticamente ilegales ¿el artículo 108.3 LJCA como garantía o como obstáculo insuperable?”, en J. AGUDO GONZÁLEZ (Coord.). *Nullidad del planeamiento y ejecución de sentencias*, J.M Bosch Editor 2018, España, p. 164-169.

²⁰ Véase CHINCHILLA PEINADO, J.A. (2018: 171-174).

²¹ Ver STS 17 de noviembre de 2008, rec. 4285/2005 y STS 14 de febrero de 2013, rec. 4311/2011.

²² Véase BERROCAL ACEDO, A., “¿Integra el artículo 108.3 un supuesto de suspensión de la ejecución de sentencia?”, *Actualidad Administrativa*, núm. 2, (2018).

²³ Véase GUTIÉRREZ COLOMINA, V. “La ejecución de las sentencias urbanísticas con especial referencia a la imposibilidad legal y material”. *Revista Andaluza de Administración Pública*. Monográfico Conmemorativo, núm. 100 (2018), p. 237-240.

²⁴ Véase GUTIÉRREZ COLOMINA, V. (2018: 240- 242).

dimento físico como consecuencia de la desaparición o destrucción del objeto de la sentencia o bien resultara imposible ejecutar la sentencia en sus términos estrictos²⁵.

Por lo tanto, se debe estar al supuesto concreto de ejecución, dando el TS²⁶ una fórmula que determina el alcance de tal imposibilidad debiendo esta “entenderse en el sentido más estricto y restrictivo, y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo”. En nuestro ordenamiento jurídico no encaja otra concepción distinta que no sea el cumplimiento exacto e íntegro de las sentencias judiciales, por ser esto un principio básico del Estado de Derecho instaurado en la Constitución en los artículos 9 y 118.

En relación con la imposibilidad material podemos señalar el pronunciamiento del TS en STS 1409/2017 que trae causa de las alegaciones hechas por el Ayuntamiento de Bueu y una comunidad de propietarios que alegan que la sentencia dictada en la instancia, que condena a la demolición de un inmueble por invadir el espacio público, supone una causa de imposibilidad material contemplada en el artículo 105.2 de la LJCA. Las partes recurrentes exponen, que la sentencia que condena a la demolición parcial del inmueble no puede llevarse a efecto porque demoler parte del inmueble afectaría a la estructura general del edificio, lo que acarrearía la demolición completa. Además alegan que esto supone un gran coste económico y la posibilidad de que puedan resultar afectadas viviendas aledañas que no fueron objeto de condena en la sentencia. El alto tribunal expone que la sentencia de instancia condenó a la reposición a su estado originario de la realidad física alterada por vulnerar la legalidad urbanística y que la no ejecución de la sentencia provoca la continuación del quebranto urbanístico. Resuelve la cuestión de inejecución por causa material que se alega, señalando que, si la demolición parcial no es suficiente para reponer al estado originario de cosas, lo que procede es la demolición completa y no la inejecución. El TS entiende que los argumentos de las partes recurrentes no suponen una causa material de inejecución por no considerar suficiente causa el quebranto que puede ocasionar la demolición a los edificios colindantes y la imposibilidad de demolición parcial del edificio por afectar a la estructura.

Puede parecer una decisión desproporcionada, sin embargo, el conflicto de intereses en juego (los bienes jurídicos en conflicto deben ser ponderados). Se ven afectados por un lado, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE y por otro, el que pudiera ser, el derecho de propiedad del artículo 33, por lo que sería necesario, realizar un análisis para valorar el alcance de los derechos que no son ilimitados a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros bienes constitucionalmente protegidos. En el caso de que ambos derechos tuvieran la

²⁵ Véase ARROYO, A. Y RODRÍGUEZ FLORIDO, I. (2019: 338).

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 1409/2017 de 21 de septiembre, rec. 477/2016, FJ 9º.

misma protección constitucional sería esta la solución: el juicio de ponderación. Sin embargo, nos encontramos con una situación distinta, porque el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental y, el derecho a la propiedad privada es un derecho constitucionalmente protegido, con la salvedad no baladí, de no tener el rango de fundamental siendo preeminente en todo caso el interés público que en el proceso se trata de proteger y restaurar. El artículo 108.3 de la Ley Jurisdiccional introduce un mecanismo que atenúan los efectos derivados de la demolición de un inmueble en el sentido de que ordena al órgano jurisdiccional la protección y defensa de los intereses privados de aquellos perjudicados por la ejecución.

En definitiva, y citando las palabras del TS²⁷ acerca de la posibilidad de no ejecutar una sentencia “sólo el concurso de circunstancias sobrevenidas que alteren los términos en los que fue resuelta por el Tribunal sentenciador puede hacer imposible o dificultar la ejecución” y que “la inexecución de la resolución en sus propios términos por conveniencia del ejecutante no supone imposibilidad material ni legal de incumplimiento y que la existencia de dificultades prácticas no puede excusar la ejecución de las sentencias”.

Podemos llegar a la conclusión, según lo expuesto, y con base en la doctrina y en la jurisprudencia que, el artículo 108.3 de la LJCA no constituye ni integra en sí mismo un supuesto de inexecución de sentencias ni tan siquiera un atraso temporal en el cumplimiento del fallo. Primero, porque no se ha producido un cambio en la normativa tenida en cuenta para acordar la demolición y segundo, porque la demolición no resulta materialmente imposible tras la entrada en vigor del artículo 108.3 de la LJCA. Esto no prejuzga, que dado el caso concreto en el que sí se contemplen los requisitos antes expuestos puedan ser apreciadas tanto la causa material como causa legal de imposibilidad de ejecución contempladas en el artículo 105.2. De esta forma, si concurrieran causas de imposibilidad material o legal de ejecutar, es obvio que el artículo 108.3 de la LJCA no entraría en acción, básicamente porque al no haber demolición no habría terceros de buena fe que proteger por los perjuicios causados.

El mandato que contiene el artículo 108.3 se incluye como un trámite más dentro de la ejecución de sentencias²⁸, por lo que todas las actuaciones conducentes a la efectiva demolición deben seguir adelante hasta el momento justamente anterior a la ejecución material del derribo²⁹, el cual, y adelantando lo que se trataremos a lo largo de este trabajo, no podrá hacerse efectivo sino hasta que se haya resuelto el incidente

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 1191/2018 de 11 de julio, rec. 140/2017, FJ 2º.

²⁸ Arroyo, A y Rodríguez Florido, I apuntan que, “el art. 108.3 LJCA se configura como un trámite integrado en la ejecución de sentencias que ordenan la demolición de un inmueble”. EN ARROYO, A y RODRÍGUEZ FLORIDO, I, (2019: 339).

²⁹ Navarro Espejo señala que “el artículo 108.3 LJCA se sitúa en un momento posterior del proceso de ejecución, en cuanto se incluye en un precepto que recoge los poderes del juez para que la ejecución

en que conste acreditada suficientemente la garantía o caución que asegure el pago de las indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe.

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL. CUESTIÓN DE TRANSITORIEDAD

Otra de las cuestiones que se han planteado desde la entrada en vigor del artículo 108.3 LJCA es la que afecta al ámbito de aplicación temporal. Se va a tratar de dar respuesta a la duda que surge de si el artículo se aplica a sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigor del artículo cuyo fallo aún no se ha materializado. ¿Es de aplicación a los incidentes de ejecución iniciados antes de la vigencia de la modificación legal? O, por el contrario, ¿sólo se aplica a las sentencias o incidentes de ejecución correspondientes a procesos iniciados tras su publicación?

Estas preguntas nacen del vacío legal que se produce por no existir norma de derecho transitorio que especifique qué ocurre con las sentencias anteriores a la publicación del artículo³⁰. La Disposición final décima de la Ley Orgánica 7/2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 6//1985, de 1 de julio, del Poder Judicial dispone: “la presente Ley entrará en vigor el día 1 de octubre de 2015, excepto los apartados uno, dos y cinco de la disposición final tercera, que lo harán al año de su publicación”.

En primer lugar, ha de estarse a la regla general del principio de irretroactividad de las normas contenido en el artículo 2.3 del Código Civil el cual dispone que “las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieran lo contrario” por lo tanto, y como señala el TS en sentencia 1191/2018 de 11 de julio, la retroactividad en nuestro Ordenamiento Jurídico es la excepción y la regla general es la irretroactividad. Nuestro sistema normativo acepta la retroactividad expresa, es decir, cuando una norma así lo dispone y la retroactividad tácita, esto es, cuando a través de la vía interpretativa pueda deducirse tal carácter.

El Tribunal Constitucional (en adelante TC) y el TS se han pronunciado en varias sentencias sobre la aplicación de la retroactividad³¹ de las normas y además, nos

se lleve a efecto, con lo cual se convierte en una fase más de la ejecución, pero nunca en un impedimento, ni siquiera temporal para la ejecución de la sentencia”. En NAVARRO ESPEJO, A.J. (2019: 61).

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 1191/2018 de 11 de julio, rec. 140/2017, FJ 2°.

³¹ “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo admiten la aplicación retroactiva de las normas a hechos, actos o relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior, siempre que los efectos jurídicos de tales actos no se hayan consumado o agotado y siempre que no se perjudiquen derechos consolidados o situaciones beneficiosas para los particulares, infringiéndose, en estos casos, la retroactividad del sentido, el espíritu o la finalidad de la Ley”. Véase Sentencia del Tribunal Supremo 1191/2018 de 11 de julio, rec. 140/2017, FJ 2°.

interesa señalar que el TC ha matizado el alcance del principio de irretroactividad consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución exponiendo que no existe retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y para el futuro situaciones jurídicas cuyos efectos aún no se han consumado. La irretroactividad que contempla el artículo 9.3 de la CE incide sobre aquellas situaciones jurídicas ya agotadas, es decir, en términos estrictos no pertenece al campo de la irretroactividad la disposición que contemple situaciones jurídicas que se proyectan hacia el futuro porque la “prohibición de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros y condicionados o a las expectativas”.

El contenido del artículo 108.3 de la LJCA proyecta una situación jurídica pro-futuro encontrándonos en una fase más de la ejecución, concretamente en la última fase, es decir, cuando todavía no se ha materializado la ejecución del fallo, lo que hace que sea de aplicación esta doctrina general al precepto objeto de estudio. Para la Sala de lo Contencioso – Administrativo³² del TS la solución a esta cuestión debe ser dada, además, determinando si el artículo 108.3 es de naturaleza procesal³³ o sustantiva³⁴. Expone que el precepto es claramente procesal por estar incluido en una norma de naturaleza procesal y porque regula un incidente procesal de ejecución. Entiende la doctrina y la jurisprudencia más moderna que la ley procesal es irretroactiva y esto porque la ley no se aplica retroactivamente a procesos anteriores sino a los actos procesales que se producen a partir de su entrada en vigor a pesar de que los hechos que han dado origen al proceso sean anteriores.

No obstante, la propia LJCA en la disposición transitoria cuarta preceptúa que “la ejecución de las sentencias firmes dictadas después de la entrada en vigor de esta Ley se llevará a cabo según lo dispuesto en ella” y que, “las dictadas con anterioridad de las que no constare en autos su total ejecución se ejecutarán en lo pendiente con arreglo a la misma”. Viene a confirmar que cuando nos encontramos en el momento procesal de ejecución de una sentencia que aún no se ha materializado es de aplicación lo dispuesto en la LJCA para terminar con lo ordenado³⁵.

³² Sentencia del Tribunal Supremo 1409/2017 de 21 de septiembre, rec. 477/2016, FJ 2º.

³³ “Antiguamente se había dicho que eran retroactivas, pero la doctrina y la jurisprudencia modernas aceptan unánimemente que la ley procesal es irretroactiva y se aclara la confusión anterior al comprender que cuando se dicta una ley procesal no se aplica retroactivamente a procesos anteriores, sino a los actos procesales que se producen a partir de su entrada en vigor, aunque los hechos materiales y jurídicos que han dado origen al proceso sean anteriores”. En sentencia del Tribunal Supremo 1409/2017 de 21 de septiembre, rec. 477/2016, FJ 6º.

³⁴ “En las normas materiales el momento decisivo para su aplicación (temporal) es el de la realización o consumación del hecho, negocio o situación jurídica productora de efectos jurídicos”. Sentencia del Tribunal Supremo 1191/2018 de 11 de julio, rec. 140/2017, FJ 11º.

³⁵ Véase ARROYO, A. Y RODRÍGUEZ FLORIDO, I. (2019: 337).

Por todo esto, el artículo 108.3³⁶ se aplica a todos aquellos procedimientos³⁷ de ejecución de sentencias cuyo fallo ha sido dictado antes de la entrada en vigor del precepto cuya ejecución aún no se ha materializado.

V. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO

1. Actuaciones con licencia, sin licencia y contra licencia

El Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana dispone en el artículo 11.3 “que todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística [...]”. El apartado 2 de dicho precepto legal señala que dentro del contenido del derecho de propiedad del suelo no está en sí mismo integrado la previsión de edificación y que, “la patrimonialización se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”. Por lo que cualquier edificación debe cumplir con una serie de requisitos adecuados para cumplir con la normativa vigente al ser el urbanismo “una función pública que tiene por objeto la ordenación jurídica de la ciudad y del suelo sobre el que se asienta”³⁸.

La CE en el artículo 33.1 tras reconocer y enunciar el “derecho a la propiedad privada y a la herencia” establece en el apartado 2 que “la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”. Por ello, y como señala Rivero Ysern³⁹, el contenido esencial no debe ser fijado únicamente a partir de la consideración como derecho subjetivo, sino que debe atender a la función social que éste desempeña, entendiendo esta función no sólo como un mero límite a la definición y ejercicio de tal derecho, sino como parte integrante del mismo. El contenido del derecho de propiedad está integrado tanto por el derecho individual como por la función social que desempeña.

³⁶ En este sentido indica Mediavilla Cabo que, “Siempre que la ejecución del fallo, con independencia del dictado de la sentencia, conlleve o suponga la demolición, el precepto de referencia es plenamente aplicable”, véase *MEDIAVILLA CABO, J.V.* (2017: 25).

³⁷ Véase *CHINCHILLA PEINADO, J.A.* (2018: 191).

³⁸ Véase *RIVERO YSERN*, “Regulación económica, urbanismo y medio ambiente”, en *BARRERO RODRÍGUEZ, C.* (coord.), *Lecciones de Derecho Administrativo, Volumen III*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 109.

³⁹ Véase *RIVERO YSERN* en *BARRERO RODRÍGUEZ, C.* op.cit, p. 109.

Cuando hacemos referencia a la propiedad del suelo en relación con el carácter estatutario que le otorga la Constitución, el límite y alcance viene definido por el planeamiento urbanístico y demás normativas de carácter sectorial que definen su contenido. La ordenación territorial y urbanística necesita ser controlada por la Administración al ser ésta quien tiene competencia para determinar si los actos de los administrados de edificación y uso del suelo son adecuados a la legalidad vigente⁴⁰ en base a las oportunas licencias, autorizaciones, conformidades, aprobaciones o en su caso declaraciones responsables o comunicaciones previas.

Los actos de los interesados que deben estar sujetos a licencia vienen determinados por las leyes autonómicas de urbanismo, en Andalucía la LOUA (principalmente el ar. 196) y la Ley de ordenación del territorio.

Puede ocurrir, sin embargo, que el administrado que tiene derecho a edificar no solicite la correspondiente licencia y que realice la actuación edificatoria, encontrándonos pues, con actuaciones sin licencia. De similar forma sucede cuando el sujeto que tiene el deber de adecuar la edificación a lo dispuesto en el título se extralimita del mismo, encontrándonos en este caso con actuaciones contra licencia. Por último, el sujeto construye con licencia y en su caso dentro de los límites que esta impone, pero es la Administración la que, o contraviniendo el Ordenamiento Jurídico vigente o extralimitándose en sus competencias, ha otorgado una licencia que debe ser calificada de ilegal. Estos hechos provocan que deba restablecerse el orden jurídico perturbado llegando en última instancia a desencadenar la demolición de lo construido y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada.

Por lo expuesto, es necesario determinar cuál es el alcance objetivo del artículo 108.3 de la LJCA para establecer si todos los supuestos de edificaciones sin licencia, contra licencia y con licencias ilegales estarían comprendidos en el mismo.

2. Actuaciones sin licencia y contra licencia. ¿Se incluyen en el ámbito de aplicación objetivo del precepto?

El TS se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el alcance objetivo del precepto, en relación a las actividades de edificación y uso del suelo, sujetas según la normativa vigente, al correspondiente control administrativo mediante el otorgamiento de licencias⁴¹ que han sido declaradas nulas. Sin embargo, no se había pronunciado sobre la posibilidad de extenderlo a las construcciones sin licencia o contra licencia.

⁴⁰ Véase artículos 11.5 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 y el artículo 169 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA).

⁴¹ Cuando hacemos referencia a "licencia" nos estamos refiriendo a todos aquellos medios existentes en derecho que permiten al administrado la ejecución de obras y uso del suelo.

No ha sido hasta la sentencia⁴² de fecha 7 de octubre de 2019 y recientemente en STS 54/2021 de 21 de enero⁴³ cuando se ha pronunciado sobre la cuestión de si es “posible la extensión del ámbito objetivo de aplicación del artículo 108.3 de la LJCA no sólo a las obras realizadas al amparo de una licencia anulada, sino también a las obras realizadas sin licencia”.

El TS señala que el supuesto de hecho que concreta el artículo 108.3 de la LJCA es aquel en el que, además de declarar contraria a la normativa urbanística una edificación, se determina la demolición de lo construido⁴⁴ y la reposición al estado originario de la realidad física alterada por ser su regularización jurídicamente imposible. El precepto hace referencia a aquellas sentencias que ejecutan la declaración de regularización de la legalidad urbanística que ha sido objeto de debate en el proceso declarativo, englobando el precepto dos situaciones o circunstancias cuyo contenido y alcance objetivo es el siguiente. La primera⁴⁵ situación a la que hacer referencia es aquella que deriva de la promoción y construcción llevada a cabo con violación insubsanable de la normativa urbanística en la que intervienen terceros ajenos a la actuación ilegal que se debate en el proceso declarativo. La segunda, en palabras del propio TS, “las actividades de edificación y uso del suelo están sujetas, según la normativa urbanística, al correspondiente control administrativo mediante las oportunas licencias, autorizaciones, conformidades o aprobaciones”. Cualquier situación de irregularidad urbanística, como así dispone el artículo 108.3 LJCA “[...], además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble [...]”, estará incluida dentro del precepto independientemente de la causa, ya sea reglada o no, que la haya motivado. No obsta, sin embargo, la posible responsabilidad subjetiva que corresponda.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo 1321/2019 de 7 de octubre, rec. 5759/2018, FJ 2º.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo 54/2021 de 21 de enero, rec. 5347/2019, FJ 3º.

⁴⁴ ¿Qué ocurre con las sentencias meramente anulatorias? ¿quedarían fuera del ámbito de aplicación del precepto? La demolición es exigible incluso cuando la sentencia sea sólo declarativa y su fallo no alude a la misma. Véase STSJCV 317/2015 de 15 de abril, FJ 3º, “la anulación de una licencia u orden de construcción, en principio conlleva la demolición de lo ilegalmente construido. En el ámbito urbanístico nos encontramos con un tipo de sentencias que plantean una problemática especial, esto es, las que declaran la nulidad de un acto o disposición, como, por ejemplo, las que anulan una licencia o instrumento de planeamiento. El Tribunal Supremo ha sentado la regla general de la demolición (Sala Tercera Sección Quinta de 3-7-2000; 19-11-2001; 26-7-2002; 7-6-2005; 4-02-2009; 18-03-2009 o, 29-04-2009). La anulación de una licencia que contraviene normas urbanísticas supone la obligación de demoler las obras por ellas amparadas, de manera que la sentencia que acuerda la demolición no es incongruente, aunque no se hubiera solicitado aquélla, ni tampoco se rebasa el sentido del título ejecutivo cuando se ordena tal demolición en la fase de ejecución aunque el fallo sólo contuviera explícitamente el pronunciamiento anulatorio de la licencia”.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 1321/2019 de 7 de octubre, rec. 5759/2018, FJ 3º.

Con estas apreciaciones no cabe duda de que la construcción llevada a cabo contra licencia, sin licencia o con licencias ilegales, constituyen una grave infracción del Ordenamiento Jurídico y, que cuando estas edificaciones no sean susceptibles de regularización, la consecuencia será el restablecimiento de la realidad física alterada mediante la demolición y la entrada en juego del artículo 108.3 de la Ley Jurisdiccional siempre y cuando no se aprecie causa legal o material de inejecución previstas en el art. 105.2 LJCA.

VI. INDEMNIZACIONES DEBIDAS: ¿ES PRECISO LA TRAMITACIÓN DE UN PROCEDIENDO CONTRADICTORIO Y REQUIERE QUE TALES INDEMNIZACIONES HAYAN SIDO FIJADAS COMO DEBIDAS EN UN PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL O EN UN INCIDENTE DE INEJECUCIÓN DE SENTENCIA?

Una de las cuestiones más controvertidas que suscita el artículo 108.3 de la LJCA es la referida a la expresión “indemnizaciones debidas”. Esta cuestión ha sido tratada por varias sentencias⁴⁶ del TS que se han pronunciado sobre el alcance y significado de tal expresión erradicando posiblemente las dudas sobre la constitucionalidad del precepto en relación con el artículo 24. Para intentar aclarar la cuestión centraremos nuestra atención en la SSTS 475/2018 por ser ésta, una de las que trata el tema de manera más profunda⁴⁷.

La Sala en STS 475/2018 estimó que el asunto presentaba interés casacional objetivo⁴⁸ con el fin de determinar si resulta preciso, antes de proceder a la demolición del inmueble, la tramitación de un procedimiento ex profeso para fijar las cuantías de las indemnizaciones que pudieran corresponder y los sujetos beneficiarios de las mismas. Nos ha parecido conveniente realizar un resumen de la sentencia porque puede ser esclarecedor del asunto.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 1191/2018 de 11 de julio, rec. 140/2017; Sentencia del Tribunal 475/2018 de 21 de marzo, rec. 138/2017; Sentencia del Tribunal Supremo 476/2018 de 21 de marzo, rec. 141/2017; Sentencia del Tribunal Supremo 54/2021 de 21 de enero, rec. 5347/2019.

⁴⁷ Véase DESDENTADO DAROCA, E., “El tortuoso camino de las demoliciones urbanísticas”, *Diario La Ley*, núm. 9267 (2018), p. 11.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 475/2018 de 21 de enero, rec. 5347/2019 EJ 3º “Si la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe, a la que hace referencia el artículo 108.3 de la Ley Jurisdiccional como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un Juez o Tribunal, precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio y requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de inejecución de sentencia con intervención de las partes implicadas, en el que habrá de determinarse la existencia de terceros de buena fe y su identidad, durante cuya sustanciación no podría llevarse a efecto la demolición acordada por el Juez o Tribunal”.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria acordó mediante auto que se continuara con la ejecución de la sentencia realizando todas las actuaciones tendentes a la demolición de lo edificado y, ordenando que con la finalidad de fijar las garantías suficientes para hacer frente a las posibles indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe, se debía estar al mandato del artículo 108.3 de la LJCA y fundamento en lo dispuesto en la Sentencia del TC 91/1993⁴⁹. El auto de la Sala de instancia⁵⁰, en ejecución de sentencia, estipuló una fórmula de cálculo⁵¹ a los efectos de determinar la suficiencia de las garantías sin que se prejuzgasen las cantidades que puedan ser reclamadas por los afectados por el derribo o aquellas, que se puedan fijar en los expedientes administrativos de fijación previa⁵².

Con la expresión “indemnizaciones debidas”, las partes recurrentes entendían que esta expresión se refiere a la indemnización determinada en el acuerdo que pone fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial y en su caso, que las indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe deben estar fijadas en su importe, determinada la entidad responsable y los terceros de buena fe beneficiarios de las mismas. Las representaciones sostienen que el artículo 108.3 de la LJCA introduce un trámite “ex novo” dentro del procedimiento de ejecución. El término “debidas” alude a aquellas indemnizaciones que ya han sido fijadas previamente, de lo contrario no serían debidas, debiendo ser fijado su importe exacto, entidad o entidades responsables de su abono y los terceros acreedores de buena fe. No refiriéndose el artículo a indemnizaciones futuras, ni posibles, sino a indemnizaciones líquidas, determinadas y exigibles, motivo por el cual son debidas.

La Sala del TS comienza haciendo alusión a la doctrina del TC en relación con los aspectos sustantivos y procedimentales que suscita la cuestión señalando que “el derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos forma parte

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 91/1993 de 15 de marzo, rac. 1299/1990, FJ 3º el TC dice “en el incidente de ejecución no pueden resolverse cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que éste no guarde una directa e inmediata relación de causalidad, pues de lo contrario se lesionarían los derechos de la otra parte al prescindirse del debate y la contradicción inherentes a todo litigio”.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 475/2018 de 21 de marzo, rec. 138/2017, FJ 1º.

⁵¹ Véase FLORES DOMÍNGUEZ, L.E., “Algunos intentos de paliar, a través de la responsabilidad, los efectos de la ejecución de sentencias que anulan licencias y ordenan la demolición de viviendas”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm.8 (2017), p.93.

⁵² Mediavilla Cabo indica que, “no atender al carácter debido de la indemnización, fijando como importe de la garantía una cuantía basada en el precio de adquisición aumentada en un 30 por 100, no da cumplimiento a lo establecido en el precepto, dado que no se trata en modo alguno de la garantía del pago de una indemnización debida a un tercero de buena fe. Aunque en ese caso es cierto que la suficiencia de la indemnización a priori está cubierta respecto del propietario del bien”, véase MEDIAVILLA CABO, J.V. (2017: 28).

del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁵³. Este derecho se configura como parte del contenido del artículo 24.1 de la CE siendo, por tanto, un mandato al cumplimiento del fallo de la sentencia y a los derechos reconocidos en el mismo sin que los Jueces y Tribunales puedan apartarse de él sin causa justificada. El TS señala que la ejecución de la sentencia ha de consistir precisamente en lo establecido en el fallo y que la fase de ejecución de la sentencia es el resultado de lo efectivamente juzgado, sin que pueda existir alteración de lo ordenado sin causa prevista en la Ley como es la imposibilidad legal o material de ejecución del artículo 105. 2 de la Ley Jurisdiccional.

El derecho a tutela judicial efectiva puede verse menoscabado si dentro del procedimiento de ejecución de la sentencia y de los incidentes que puedan suscitarse a raíz de la misma, se dilucidaran cuestiones que no hayan sido tratadas en el procedimiento declarativo del que trae causa la sentencia que se va a ejecutar, ya que, y en palabras del TS, “el procedimiento de ejecución se proyecta sobre el derecho declarado y no tiene por objeto la declaración de otros derechos no cuestionados en el proceso y que no incidan en la declaración y reconocimiento de aquel”⁵⁴.

El supuesto que se concreta en el artículo 108.3 de la LJCA es aquel, como ya se ha comentado, en el que una sentencia además de declarar contraria al planeamiento urbanístico una edificación, ya sea porque determinadas normas u actos urbanísticos sean declarados ilegales o por inactividad en la potestad disciplinaria urbanística, se ordena la demolición y la reposición al estado originario de la realidad física alterada. En todos estos casos, se ha resuelto sobre la legalidad urbanística y se ha indagado sobre la regularización de la construcción siendo imposible la misma y no quedando más remedio que recurrir a la demolición de lo construido para salvaguardar los intereses públicos. En estos procedimientos no ha habido pronunciamiento alguno sobre la posible existencia de daños a terceros de buena fe, cuantía de las indemnizaciones que le pudieran corresponder⁵⁵ y tampoco quién o quiénes han sido los responsables de tal irregularidad, entre otras cuestiones porque esa no ha sido el objeto discutido en el proceso declarativo.

Por tales razones, no se trata de paralizar el procedimiento de ejecución hasta que se declare el derecho a la indemnización debida sino de asegurar que cuando se reconozca tal derecho se pueda hacer efectivo. Tal y como señala el Alto Tribunal

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo 475/2018 de 21 de marzo, rec. 138/2017, FJ 3º.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 475/2018 de 21 de marzo, rec. 138/2017, FJ 3º.

⁵⁵ Véase SÁNCHEZ LAMELAS, A., “El artículo 108.3 de la LJCA: la ejecución de sentencias de derribo y la garantía de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe” en NAVARRO VEGA, M.B (Coord.). *Recientes reformas de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. El recurso de casación y la ejecución de las sentencias de derribo*. XV Curso sobre la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 192.

lo que pretende el precepto es que se adopten por el Juez o Tribunal las garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones cuando así se determine en el procedimiento que corresponda. No se trata de paralizar el derribo de la construcción hasta que las indemnizaciones correspondientes estén determinadas y cuantificadas, sino que el artículo 108.3 instaura una “actividad garantista”.

La profesora Sánchez Lamelas⁵⁶ señala con buen criterio que, “la fijación de la cuantía indemnizatoria es indiciaria en la medida en que opera sólo a efectos de constitución de la garantía”. Del mismo modo, el artículo 108.3 no tiene por finalidad determinar la existencia de concretos terceros de buena fe que hayan sufrido una lesión que no tengan el deber jurídico de soportar, sino de garantizar que cuando éstos sean determinados puedan ser satisfechos en la medida en que se declare. Del mismo modo, tampoco tiene el propósito de que sean determinados los posibles responsables de la ilegalidad sino pedir garantías a todo aquel que pudiera serlo.

El TS recuerda que la propia Ley Jurisdiccional contempla la posibilidad, en el artículo 133, de que el Juez o Tribunal pueda exigir la prestación de caución o garantía suficiente para responder de los posibles perjuicios que pudieran derivarse de la adopción de una medida cautelar. Recordamos pues, que la pretensión de la parte demandante será la declaración de ilegalidad de una edificación y que, por lo tanto, la solicitud de medidas cautelares tendrá por objeto disposiciones tendentes a que se asegure la efectividad de la sentencia y ahí, actúa el artículo 133 al que hace alusión el TS en las sentencias referidas, la potestad del juzgador de exigir una garantía o caución para el caso de que con las medidas cautelares adoptadas se pudieran provocar perjuicios.

En cualquier caso, será el Juez o Tribunal, analizado el asunto concreto, el que deberá determinar el concepto jurídico indeterminado “garantías suficientes” y, reiteramos, sin que esto suponga en ningún caso la necesidad de determinar una cuantía líquida, determinada y exigible. Tampoco, deberán ser determinados los terceros de buena fe ni los imputados al pago de estas.

Sin embargo, Mediavilla Cabo⁵⁷ opina lo contrario. Señala que el uso del término “indemnizaciones debidas” denota que estas deberán estar previamente fijadas, ya que, de lo contrario, no serían debidas o adeudadas y señala que el precepto es claro al indicar “indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”, por lo que no entrarían posibles o supuestos acreedores afectados por la medida del derribo, sino que habrá de estar a la determinación de aquellos que verdaderamente ostenten la consideración de terceros de buena fe.

⁵⁶ Véase SÁNCHEZ LAMELAS, A. en NAVARRO VEGA, M.B. (Coord.), (2017: 194).

⁵⁷ Véase MEDIAVILLA CABO, J.V. (2017: 30).

La definición que la RAE da al verbo deber, no sólo, es la referente a “adeudar” (tener una deuda material) sino que, en su primera acepción, se corresponde con “aquello que se tiene la obligación de hacer”. Es decir, si tomamos la primera acepción del verbo como la válida, las indemnizaciones no tendrán que estar fijadas previamente siendo determinada las garantías suficientes por el Juez o Tribunal en función de los datos obrantes o aquellos que pueda recabar en el procedimiento.

Por consiguiente, como advierte el TS y la mayor parte de la doctrina, la exigencia de prestación de garantías suficientes para hacer frente al pago de las posibles indemnizaciones que correspondan no precisa de la tramitación de un procedimiento contradictorio, ni que las indemnizaciones hayan sido determinadas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial, ni tampoco en un incidente de ejecución de sentencia. El incidente de ejecución de sentencia será para tratar cuestiones que hayan sido objeto de enjuiciamiento en el procedimiento principal y, en este caso, para garantizar que cuando a los terceros de buena fe perjudicados les sea reconocido su derecho puedan ser resarcidos del daño causado.

Por ende, la finalidad del término “indemnizaciones debidas” debe entenderse en el sentido único de garantía que conllevará la posterior satisfacción de los perjuicios causados a los terceros de buena fe a lo que les sea reconocido el derecho a través del adecuado procedimiento, ya sea en sede administrativa o posteriormente en sede judicial.

No obstante, si paralelamente a la tramitación del procedimiento declarativo sobre acomodación a la legalidad vigente de la construcción, se está tramitando un procedimiento de responsabilidad patrimonial⁵⁸ en el que se hayan determinado las cantidades debidas, los terceros de buena fe y los deudores, el artículo 108.3 de la Ley Jurisdiccional no será de aplicación o en su caso, si aún no se ha concluido, podrán servir de referencia para la determinación de la caución o garantía, la cuantía determinada en éste como indican autores como Arroyo y Rodríguez Florido⁵⁹, Navarro Espejo⁶⁰ y Sánchez Lamelas⁶¹.

⁵⁸ Sobre el día a quo para instar la reclamación de responsabilidad patrimonial por anulación de licencia que comporta la demolición, cuestión controvertida que ha sido resuelta por el TS recientemente. En este sentido indican Arroyo, A. y Rodríguez Florido, I. que el Tribunal ha “declarado que, como regla general, debe ser la fecha de la firmeza de la sentencia anulatoria del acto que comporta la orden de demolición de la construcción la que determina el inicio del plazo previsto para la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de tal anulación, sin que pueda ser considerada como tal la fecha de la demolición del inmueble, construido al amparo del acto o disposición impugnado”. Véase ARROYO, A Y RODRÍGUEZ FLORIDO, I (2019: 343 y 344).

⁵⁹ Véase ARROYO, A. Y RODRÍGUEZ FLORIDO, I. (2019: 343).

⁶⁰ Véase NAVARRO ESPEJO, A.J. (2019: 59).

⁶¹ Véase SÁNCHEZ LAMELAS, A. en NAVARRO VEGA, M.B (Coord.), (2017: 196).

Si con la expresión “prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe” entendiéramos que deben ser fijadas (líquidas y exigibles) en un incidente de ejecución estaríamos concediendo al Juez o Tribunal ejecutor funciones que no le corresponden. De un lado, resolver sobre cuestiones de responsabilidad patrimonial que deben tratarse en el correspondiente expediente o procedimiento de responsabilidad patrimonial y de otro, la vulneración del artículo 24 de la CE, derecho a un proceso con todas las garantías.

La manera más razonable, lógica y ajustada a los principios rectores del Ordenamiento Jurídico es sostener que procedimentalmente “la prestación de garantías suficientes” debe sustanciarse como un trámite más, integrado en la ejecución de la sentencia que declara la ilegalidad y demolición de lo construido en el que el Juez o Tribunal deberán tomar las medidas de aseguramiento que resulten apropiadas para responder del pago de las indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe. En ningún caso, deberá entenderse como una vía para demorar o suspender la ejecución porque como dice la Sala “el interés preeminente en la ejecución de la sentencia es el restablecimiento de la legalidad urbanística”⁶² y además “debe rechazarse la pretensión de que, hasta el momento en que se resuelva sobre la determinación del carácter debido de las indemnizaciones, no se proceda a la demolición [...] pues tal demolición no se condiciona a esa determinación sino a la prestación de garantías suficientes”.

Como apunta Desdentado Daroca⁶³, la Sala del TS ha erradicado posibles interpretaciones “laxas” del artículo e imposibilita que éste se convierta en el medio idóneo para la suspensión o dilación de la orden de ejecución de lo construido y reposición al estado originario de las cosas: añadiendo que “las interpretaciones y aplicaciones más peligrosas para la efectividad de la protección de la legalidad urbanística han quedado vedadas por estas relevantes sentencias de la Sala Tercera”.

No obstante, y en relación con la exégesis de la norma, el Juez o Tribunal puede realizar una interpretación gramatical que unida al elemento sociológico pueda derivar en entender que la mejor forma de proteger a los terceros de buena fe que van a ser privados de un derecho sobre la edificación sea suspender la ejecución en tanto no se hayan determinado las indemnizaciones debidas, y no sin sentido, ya que si analizamos la norma desde el punto de vista del contexto sociológico entendemos que la realidad actual es la injusticia que se manifiesta sobre unos terceros que teniendo un derecho sobre una edificación se ven privados de ella a expensas del reconocimiento de un perjuicio que no saben cuándo llegará.

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo 475/2018 de 21 de marzo, rec. 138/2017, FJ 4º.

⁶³ Véase DESDENTADO DAROCA, E. (2018: 15).

VII. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO: LOS TERCEROS DE BUENA FE

1. Alcance y significado de la expresión “terceros de buena fe”. Primeras sentencias del TS

El artículo 108.3 de la LJCA señala que son sujetos protegidos por la actividad garantista (indemnizaciones debidas a terceros de buena fe) los “terceros de buena fe”. La Jurisprudencia del Supremo ha ido perfilando el término para dar el sentido apropiado a tal expresión, al igual que ocurre con la expresión “indemnizaciones debidas”, lo que constituye una de las cuestiones más relevantes que plantea el artículo.

El alto Tribunal ha ido marcando el camino en el que han de moverse los órganos jurisdiccionales para identificar a estos terceros de buena fe. Hasta el momento, son varias las sentencias que intentan aclarar el alcance de la expresión. La línea básica que había trazado el TS (STSS 1191/2018 de 11 de julio; 476/2018 de 21 de marzo; 905/2018 de 1 de junio; 868/2018 de 25 de mayo) para la identificación de los terceros de buena fe ha cambiado en parte con la STS 54/2021 de 21 de enero por lo que procederemos a exponer cuáles eran los requisitos que debían reunir estos sujetos en los primeros pronunciamientos y el cambio experimentado.

El TS determina el significado de terceros de buena fe desde un punto de vista positivo y en las primeras sentencias añadía otro negativo.

Desde el punto de vista positivo, considera tercero de buena fe a aquél que puede ser titular de una indemnización debida, teniendo en cuenta que una indemnización sólo le será reconocida al que actuó de buena fe (aquellos terceros que puedan instar el reconocimiento de su condición de perjudicados con derecho a indemnización). Pero ¿qué ha de entenderse por tercero de buena fe? ¿Sólo aquel tercero protegido por la buena fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (en adelante LH)? El TS hace una interpretación flexible⁶⁴ del precepto incluyendo no sólo a los terceros protegidos por la buena fe pública registral, sino también a aquellos que sin haber inscrito su derecho, procedieron en la creencia de que el inmueble sobre el que adquirieron el derecho estaba plenamente ajustado a la legalidad vigente y que con posterioridad han visto cómo una sentencia declara contraria a derecho la edificación y su consiguiente demolición. Aunque realice una interpretación lata del

⁶⁴ “En sentido positivo, [...], ha de entenderse que el ámbito subjetivo al que se refiere el precepto se identifica con los terceros que puedan resultar beneficiarios de una indemnización, es decir, que puedan invocar e instar el reconocimiento de su condición de perjudicados con derecho a indemnización, condición que, [...], no puede circunscribirse a la de terceros adquirentes de buena fe protegidos por la fe pública registral sino que ha de extenderse a todos aquellos que puedan hacer valer un derecho a ser indemnizados en su condición de terceros perjudicados”. Sentencia del Tribunal Supremo 905/2018 de 1 de junio, rec. 571/2017, FJ 2º.

precepto y considere tercero de buena fe no sólo al tercero protegido por la fe pública registral sino también a aquel que no ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, no por ello la fe pública registral impide la ejecución de la sentencia, esto es, no protege al tercero de la demolición de lo construido.

La doctrina del TS⁶⁵ sugiere que el artículo 34 de la LH no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando ésta ha de desaparecer por imponerlo así el Ordenamiento Jurídico, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24CE) no agota su contenido en la vertiente declarativa, sino que, además, se plasma en el derecho a que el fallo se ejecute en sus propios términos.

En cuanto al sentido negativo, en las sentencias iniciales circunscribe la condición de tercero a todo aquel que no había podido hacer valer su derecho dentro del proceso resuelto mediante la sentencia de demolición que se ejecuta. Por tanto, excluía a todo aquel que había sido parte en el proceso, quedando fuera de protección todos aquellos que habían estado presentes en el proceso en el que se ha ventilado el ajuste a Derecho del título que habilitaba la construcción, titulares de licencias, promotores, etc., porque estos, según el Alto Tribunal han tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos en el proceso declarativo. Para el TS el precepto, “trata de proteger la situación de los perjudicados que, en su condición de terceros [...], sin que suponga reabrir una vía de tutela de quienes, no teniendo la condición de terceros en el proceso, pudieron hacer valer sus derechos en el mismo”. Como señalan Arroyo y Rodríguez Florido parece que el TS opta por una interpretación de “tercero” respecto al proceso que ha culminado con la declaración de ilegalidad y orden de demolición⁶⁶ y el mismo TS lo apunta, expresándose en estos términos: “el titular de la licencia declarada nula que ha intervenido en el recurso, no es un tercero ajeno al proceso al que se le pueda tener como tercero de buena fe a los efectos del art. 108.3 LJCA⁶⁷”

Por tanto, subordina la condición de tercero de buena fe protegido por el artículo 108.3 de la LJCA a aquél que reúna dos requisitos: que pueda resultar beneficiario de una indemnización por causa de la demolición de una edificación sin que deba ser identificado con el artículo 34 de la LH y que no haya sido parte en el proceso declarativo cuya sentencia se ejecuta.

⁶⁵ “No están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque éste protege el derecho real, que pervive, aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando ésta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico. Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos”. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2009, rec.1745/2007, FJ 7º, entre otras.

⁶⁶ Véase ARROYO, A. y RODRÍGUEZ FLORIDO, I. (2019: 345).

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 905/2018 de 1 de junio, rec. 571/2017, FJ 2º.

En el recurso contencioso-administrativo es necesario emplazar a los interesados que sean conocidos a raíz del expediente administrativo (art. 49 LJCA) pudiendo comparecer como demandados la Administración, el titular de la licencia y, en su caso, los terceros adquirentes que se han subrogado en los derechos y deberes vinculados a la edificación. Esto supone, que no podrán acogerse a la pretensión indemnizatoria del artículo 31.2 de LJCA, por no ser parte actora, ni a la petición de medidas cautelares de los artículos 129 a 136 de dicho cuerpo legal.

Consideramos que la interpretación de la expresión “terceros de buena” que hace el TS en sus primeras sentencias es incorrecta por entender “tercero”⁶⁸ respecto del proceso que ha culminado con la declaración de ilegalidad y no entender “tercero” como aquel sujeto que no ha tenido nada que ver en la irregularidad urbanística. Si hacemos una interpretación sistemática del precepto comprobamos que una de las finalidades del artículo se pierde. El artículo se quedará vacío de contenido porque por regla general estos terceros serán parte en el proceso declarativo y, por tanto, la protección de los intereses privados de aquellos que puedan resultar perjudicados por tal ejecución dejará de hacerse efectiva. No se puede negar el derecho a la garantía indemnizatoria del perjuicio que le va a causar la demolición del inmueble porque, el Juez o Tribunal de ejecución no debe indagar sobre la buena fe del sujeto, no olvidemos que nos encontramos en fase de ejecución. La buena fe, por tanto, debe presumirse y ya se discutirá sobre ella en el procedimiento que corresponda, esto es, en el de responsabilidad patrimonial.

2. Alcance y significado de la expresión “terceros de buena fe”. STS 54/2021 de 21 de enero

Si embargo, y como hemos apuntado al inicio del epígrafe, el criterio del TS ha cambiado con la STS 54/2021 de 21 de enero⁶⁹, en la que señala que podrán ser considerados terceros de buena fe aquellos sujetos que hayan sido parte en el proceso en el que se discute sobre la legalización de la construcción⁷⁰. Por lo tanto, con esta sentencia elimina el requisito negativo de los primeros pronunciamientos.

⁶⁸ Arroyo, A. y Rodríguez Florido, I exponen que “la condición de tercero debería apreciarse de aquel ajeno al motivo que comportó la nulidad del título administrativo, el solicitante de la licencia que obró correctamente” en ARROYO, A y RODRÍGUEZ FLORIDO, I. (2019: 346).

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 54/2021 de 21 de enero, rec. 5347/2019, FJ 4°.

⁷⁰ “La intervención de terceros afectados en el procedimiento de la legalización, que se justifica en cuanto resultaría favorable a sus intereses, no impide ni altera su condición de posibles perjudicados ante el fracaso por improcedencia de la legalización [...], pero no les priva de su condición de terceros en la sentencia de la trae causa la ejecución a efectos de obtener la garantía que les reconoce el art. 108.3”.

Compartiendo la opinión de Ezquerro Huerva⁷¹ el significado que el TS da a la noción de tercero de buena fe resulta insuficiente, porque aunque acertada la postura de no requerir la buena fe registral, se limita a resolver sobre quién es tercero sin determinar cuál es la buena fe requerida para obtener el derecho a la tutela garantista o “cautelar” contenida en el artículo 108.3 de la LJCA. Señala que las sentencias más modernas de la Sala Primera de lo Civil del TS vienen requiriendo no sólo la simple creencia de la legalidad de la adquisición, sino que viene entendiendo que la buena fe, en el ámbito de la adquisición de derechos reales, requiere de un plus objetivable, es decir, de un interés por parte del adquirente de averiguar que lo que estaba adquiriendo pertenecía realmente al transmitente y, en su caso a la divergencia con el Registro de la Propiedad es decir, que se pueda hacer excusable el error que pudiera sufrir el adquirente en el curso traslativo de los derechos reales.

La exigencia de este plus para apreciar la buena fe aporta seguridad jurídica y evita que puedan verse favorecidos por el artículo 108.3 sujetos que eran conocedores de la ilegalidad⁷² de la construcción.

Sin embargo, entendemos, que todos estos pluses que se deben apreciar respecto de la buena fe tienen poca relevancia a efectos de lo preceptuado por el artículo 108.3 de la LJCA y ello porque el artículo no establece un mandato al Juez o Tribunal de ejecución para que entre a valorar un aspecto como este, ya que se estaría extralimitando en sus facultades. La apreciación de la buena fe o mala fe corresponde al Juez o Tribunal u órgano que esté resolviendo sobre el procedimiento de responsabilidad patrimonial. El órgano de ejecución sólo podrá y sólo deberá entrar a valorar de forma indiciaria con los datos y elementos que pueda recabar o tenga en su poder, que desde mi punto de vista no serán concluyentes para determinar la buena o mala fe del sujeto analizado. El Juez o Tribunal sólo deberá garantizar con suficiencia la cuantía de las indemnizaciones, para que, en el caso de ser reconocidas, puedan cubrir todo el perjuicio causado.

Por todo esto, sostenemos que el artículo debe ser interpretado como sigue: el artículo no exige la determinación y señalamiento del concreto tercero de buena fe;

⁷¹ Véase EZQUERRA HUERVA, A., “A vueltas con la ejecución de sentencias de derribo que puedan causar perjuicios a terceros de buena fe”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 195 (2018), punto 3.

⁷² Ezquerro Huerva señala que, como medida preventiva para los adquirentes de un inmueble, y proteger su buena fe, debería contemplarse la obligatoriedad de inscripción de determinados actos en el Registro de la Propiedad para alertar de los procesos urbanísticos tanto judiciales como administrativos que se estén sustanciando. El artículo 65 de la LS sólo obliga a la Administración a inscribir en supuestos de “incoación de expedientes de disciplina urbanística que afecten a actuaciones por virtud de las cuales se lleve a cabo la creación de nuevas fincas registrales por vía de parcelación, reparcelación en cualquiera de sus modalidades, declaración de obra nueva o constitución de régimen de propiedad horizontal”. Véase EZQUERRA HUERVA, A. (2018: 3).

tampoco obliga al Juez o Tribunal a que entre a valorar la buena fe sino únicamente de forma indiciaria y con los datos de juicio que disponga; y del mismo modo, que estipule la cuantía que actuará como garantía del pago de las posibles indemnizaciones que correspondan cuando se determinen en el procedimiento adecuado.

3. El tercero de buena fe: derecho real de propiedad, vivienda habitual y lugar donde se desarrolla una actividad empresarial o profesional

Debemos hacer referencia a dos cuestiones que han planteado problemas aplicativos. La primera cuestión es ¿La condición de tercero de buena fe debe vincularse al derecho de propiedad o por el contrario protege a terceros que tienen sobre la edificación un derecho real distinto del de propiedad? ¿Podrían ser beneficiarios de la protección del art. 108 otros sujetos que en virtud de cualquier otra relación jurídica puedan resultar perjudicados por la demolición del inmueble?

El TS se ha pronunciado sobre este aspecto en STS 1020/2018⁷³ exponiendo los siguientes argumentos. La Sala señala que dado los escuetos términos en los que se expresa “terceros de buena fe” no permite dar una respuesta precisa y a priori sin entrar a analizar el caso concreto. Por lo tanto, no elimina la posibilidad de que puedan considerarse terceros de buena fe titulares de otros derechos distintos del de propiedad. En el caso enjuiciado la parte actora titular de la licencia intentó hacer valer un derecho de hipoteca a favor de un banco y un derecho de servidumbre real de paso para gasoducto. El Tribunal no admitió que la actora pretendiera defender derechos de terceros ajenos (el banco que concedió el préstamo hipotecario) en el proceso, ya que no resulta admisible procesalmente quedando igualmente fuera la servidumbre de paso.

La segunda cuestión se refiere a si la condición de tercero puede predicarse exclusivamente de los titulares de inmuebles que constituyan su vivienda habitual o el lugar donde desarrollen su actividad profesional⁷⁴ o empresarial. El TS se ha pronunciado sobre este extremo (en las sentencias iniciales vinculó la condición de tercero de buena fe con estas situaciones), apuntando que restringir el ámbito subjetivo sólo a estos sujetos supondría dejar fuera el grueso de los supuestos reales que suelen afectar

⁷³ En Sentencia del Tribunal Supremo 1020/2018 de 18 de junio, rec. 1093/20147, FJ 10°.

⁷⁴ “Esta excepción al principio general de ejecución sin dilaciones de las sentencias firmes tiene que ser aplicada, como toda norma excepcional, de forma restrictiva, y se basa en la existencia de derechos que requieren una protección reforzada, como son el de tener una vivienda que constituya el domicilio habitual o un local en el que poder desarrollar una profesión o trabajo, supuestos en los que la demolición sin indemnización previa podría causar perjuicios de imposible o muy difícil reparación”. En Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª) 601/2016 de 13 de octubre, rec. 4320/2016, FJ 4°.

a residencias vacacionales o segundas residencias. No sólo por este argumento al que hace referencia el TS no compartimos la opinión de TSJG sino porque, además, el legislador no ha restringido el ámbito de aplicación a estas situaciones concretas, ni de la redacción del artículo se puede extraer que aquel haya querido darle un matiz de excepcionalidad. De ser así, debería haberlo expresado. Por tanto, entendemos que deben ser considerados terceros de buena fe todos aquellos sujetos titulares de un derecho sobre una edificación independientemente de la causa que los vincula con la misma.

VIII. GARANTÍA SUFICIENTE PARA EL PAGO DE LAS INDEMNIZACIONES DEBIDAS A LOS TERCEROS DE BUENA FE

1. Naturaleza jurídica de la expresión garantías suficientes. ¿Cómo debe sustanciarse procedimentalmente esta exigencia?

Como introducción expondré que resulta curioso que, a diferencia del artículo 319.3 del Código Penal, que especifica quién es el obligado a prestar la garantía para la satisfacción de las posibles indemnizaciones que en su caso se determinen, es decir, el autor del hecho, el artículo 108.3 de la LJCA no especifica a quién corresponde asumir la carga de la prestación de las garantías que necesariamente han de constituirse para que pueda efectuarse la demolición del inmueble. Como punto de partida, y a diferencia de lo que ocurre con el precepto penal, no podemos decir que la obligación garantista deba recaer sobre el sujeto que tenga la obligación de proceder a la demolición de la edificación ya que, en la mayoría de los casos, deberá proceder a la demolición el propio adquirente de buena fe por el principio de subrogación de los sucesivos adquirentes de buena fe en los derechos y deberes derivados de la edificación. Podríamos decir, que esta obligación garantista corresponderá en principio, a la Administración, con independencia de lo que exponderemos a continuación.

Nos encontramos de nuevo, con una situación material similar a la tratada en los puntos anteriores, es decir, ¿hasta qué punto, el Juez o Tribunal que esté conociendo de la ejecución de la sentencia que declara la ilegalidad de la construcción y la consiguiente obligación de demolición de lo construido por no poder regularizarse la situación, debe entrar a conocer y debe pronunciarse sobre la posible responsabilidad de la Administración o en su caso, la de cualquier otro sujeto implicado en la ilegalidad urbanística?

Las sentencias señaladas exponen que para exigir tales garantías no resulta necesario que se acredite que la Administración o terceros tales como promotores contribuyeron “con su actuación a la generación del derecho a obtener una indem-

nización que se pretende asegurar, sino de una previa valoración, no declarativa de derecho⁷⁵. Es decir, sobre estos sujetos posibles responsables obligados a garantizar el pago de las indemnizaciones debidas a los posibles terceros de buena fe se proyecta “una tutela cautelar o de garantía al margen de la concreta declaración o reconocimiento de su derecho y, precisamente, para asegurar que, caso de que se produzca esa concreta declaración, resulte eficaz y no se vea frustrada de antemano mediante la ejecución de la sentencia de demolición”.⁷⁶

De esta forma, el Alto Tribunal establece un sistema cautelar, en la medida en que dispone que no se trata de analizar por el órgano que está conociendo de la ejecución de la sentencia de la posible responsabilidad de la Administración o de terceros implicados en la vulneración de la legalidad urbanística sino que se trata de asegurar, en base a lo juzgado en cada caso y teniendo en cuenta la incidencia de éstos sujetos en el procedimiento declarativo, que cuando se declare la responsabilidad en el procedimiento oportuno no se vea frustrado el derecho del tercero de buena fe a ser satisfecho por los daños y perjuicios ocasionados.

La garantía que impone el artículo de velar por los intereses de terceros de buena fe que puedan ser beneficiarios de una indemnización debida tiene naturaleza cautelar, en el sentido de que reúne los presupuestos de “periculum in mora” y el “fumus boni iuris” pero sobre una causa de pedir que no se ha discutido o que, en su caso, se está discutiendo en el procedimiento adecuado para ello. Dicho de otro modo, lo que pretende el artículo es que el Juez o Tribunal que esté conociendo de la ejecución adopte un serie de medidas que en circunstancias normales deberían ser fijadas por el órgano judicial que esté conociendo o vaya a conocer del proceso de responsabilidad pero que, por existir la certeza de que con la ejecución de la sentencia se va a producir un daño que puede ser irreparable, el artículo 108.3 LJCA ordena que se tomen en este momento, en el momento antes de proceder a la demolición. El legislador con este mandato ha adelantado la protección al momento antes de la demolición sin que ésta se pueda llevar a cabo si no se ha establecido esta cautela y ese es el motivo, la certeza de la causación de un perjuicio desde el mismo momento del fallo de la sentencia sobre la ilegalidad.

Pero ¿qué ocurre si nos encontramos en el supuesto de que en el procedimiento declarativo no se ha valorado, ni siquiera de forma indiciaria, la posible incidencia ya sea de la Administración o de los terceros posibles implicados en la infracción urbanística? Dicho de otra forma, si del pronunciamiento de la sentencia que se pretende ejecutar no se puede extraer información suficiente sobre la intervención de la Administración o de los terceros tales como promotores ¿cómo se va a justificar la

⁷⁵ En Sentencia del Tribunal Supremo 1321/2019 de 7 de octubre, rec. 5759/2018, FJ 3º.

⁷⁶ En Sentencia del Tribunal Supremo 1321/2019 de 7 de octubre, rec. 5759/2018, FJ 3º.

exigencia de tales garantías a unos u otros? El TS, como hemos comentado, argumenta que para exigir las garantías suficientes para el pago de las indemnizaciones debidas no resulta necesario acreditar que la Administración u otros terceros hayan sido los generadores del daño, pero sí que niega la posibilidad de exigir garantías a aquellos sujetos sobre los que, aun interviniendo en el proceso, la sentencia no se ha pronunciado sobre la posible responsabilidad en la legalidad urbanística⁷⁷.

Entendemos que la interpretación que da el TS sobre la cuestión es deficiente por cuanto obliga a que el Juez o Tribunal de ejecución tenga que entrar a valorar sobre la posible incidencia de estos sujetos en la ilegalidad urbanística en base a lo juzgado en el proceso declarativo. Y por tanto, si no se puede extraer ninguna conclusión sobre este hecho el Juez o Tribunal que esté conociendo de la ejecución no podrá exigir la adopción de garantías en el sentido que impone el artículo 108.3 de la LJCA. Consideramos que, independientemente del pronunciamiento en el proceso declarativo sobre la posible responsabilidad el Juez o Tribunal de ejecución debe pedir a los sujetos que él considere la prestación de dichas garantías para garantizar de esta forma las posibles indemnizaciones que se puedan reconocer y de esta forma garantizar al máximo nivel. No estamos diciendo que el órgano de ejecución deba entrar a valorar la incidencia de estos sujetos en la regularización urbanística, sino que únicamente utilice la exigencia contenida en dicho artículo como si de una medida cautelar se tratara, esto es, que valore con carácter provisional, dentro del límite que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día se declare en la sentencia dictada en el procedimiento sobre responsabilidad. De no ser así, podría perderse la finalidad del precepto en cuanto búsqueda del mantenimiento de la legalidad vigente y protección de los intereses de los terceros de buena fe.

2. ¿En todo caso son las Administraciones las obligadas a la prestación de las garantías suficientes?

La doctrina del TS se ha encargado de perfilar quién o quiénes pueden resultar obligados al afianzamiento. Así podemos citar las Sentencias STS 1321/2019 y STS 54/2021⁷⁸, en las que resulta de interés casacional la siguiente cuestión: “si cabe la exigencia de garantías suficientes a las que se refiere el precepto no sólo a la Administración sino también a terceros tales como los promotores de las obras a demoler, y en tal caso, si lo es de forma aislada o de forma conjunta con la Administración,

⁷⁷ “Tampoco se justifica la exigencia de tales garantías a los promotores de las obras a demoler, en cuanto la Sala de instancia no incluye en su sentencia pronunciamientos en relación a los mismos que justifique su imposición, siendo que, por el contrario, existe un preciso pronunciamiento de condena a la Administración recurrente”. En Sentencia del Tribunal Supremo 1321/2019 de 7 de octubre, rec. 5759/2018, FJ 2º.

⁷⁸ En Sentencia del Tribunal Supremo 1321/2019 de 7 de octubre, rec. 5759/2018, FJ 3º y Sentencia del Tribunal Supremo 54/2021 de 21 de enero, rec. 5347/2019, FJ 2º.

solidaria o subsidiariamente, precisando asimismo cómo deberá sustanciarse procesalmente dicha exigencia”.

En este sentido podemos señalar que las sentencias citadas exponen sus argumentos en un doble sentido. El control administrativo sobre la regularidad de las actividades de edificación y uso del suelo comprende un aspecto positivo, esto es, el de velar porque las autorizaciones y licencias se acomoden a la normativa urbanística; y un aspecto negativo, básico de la actividad de policía, el de impedir la realización de actuaciones contra licencia o extralimitación de licencia. De esta forma, la Administración en un inicio debe responder de la garantía exigida en el artículo 108.3 de la Ley Jurisdiccional porque su actuación no sólo debe cuestionarse por acción, sino también, por omisión en tanto no ha ejercido el debido control de ajuste a la legalidad urbanística.

Por todo esto, y sin perjuicio de lo expuesto, no existe limitación a que tales garantías se pueda exigir de forma conjunta, solidaria o subsidiariamente, a la Administración y a otros posibles implicados en la infracción urbanística como pueden ser: promotores, constructores, etc.

Se puede decir que el precepto, como mínimo, se dirige a las administraciones públicas, pero ¿qué ocurre con aquellas que están exentas de prestar fianzas y garantías por el principio de presunción de solvencia que se les reconoce? El artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas establece que el Estado y sus Organismos autónomos, así como las entidades públicas empresariales, los Organismos públicos dependientes de ambos y los órganos constitucionales están exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes. El artículo 173.2 de la Ley de Haciendas Locales (LHL) señala, con la excepción de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público, que los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales. De igual forma, en la Comunidad Autónoma de Andalucía se recoge en: la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía (art. 139.2); en la disposición adicional cuarta de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre y en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (art. 46).

Dos cuestiones se deben tratar sobre este aspecto. La primera de ellas, en relación con la posible colisión del artículo 173.2 de la LHL por la que un ente local solicita que se le exima de ofrecer garantía de las posibles indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe afectados; y la segunda, referida a si la garantía indemnizatoria se refiere al depósito de una cantidad de dinero o puede constituirse de otra forma.

Estas cuestiones han sido resueltas por la STS 62/2019 de 28 de enero y reiteradas en las sentencias apuntadas *ut supra*. En cuanto a la primera, el TS señala que el artículo 108.3 de la LJCA es posterior a la citada norma de la LHL y que, además, contempla un supuesto especial de aseguramiento por causa de una orden de demolición acordada en sentencia exponiendo que “su inaplicación a la Administración en los términos que se pretende dejaría prácticamente sin contenido la indicada norma”⁷⁹. En relación con la segunda cuestión entendemos, como lo hace el TS, que la obligación de prestar garantías para el pago de las posibles indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe no tiene por qué consistir en el depósito de una cantidad de dinero, sino que la prestación de garantías suficientes puede hacerse efectiva conforme a la previsión establecida en el artículo 529.3.2⁸⁰ de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). Sin embargo, el Juez o Tribunal debe tener precaución al aceptar una caución sustitutoria, por ejemplo una previsión presupuestaria, valorando conforme dispone el artículo 746 de la LEC para asegurar que con esta sustitución se va a garantizar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dicte. Como señala la profesora Sánchez Lamelas⁸¹, el artículo 108.3 de la LJCA parece dar por supuesto que el deber de prestar garantías para el pago de las indemnizaciones debidas recaerá sobre la Administración demandada en el pleito que discute la legalidad de la construcción.

No obstante, la realidad desvela que, de los pleitos de responsabilidad patrimonial nacidos como consecuencia de órdenes de derribo de edificaciones ilegales, se termina considerando responsable a una Administración que no tuvo intervención en el pleito urbanístico e incluso ni intervención alguna en las actuaciones que dieron lugar a la construcción del edificio que se ordena demoler. Por ello, resulta de vital importancia en relación con la aplicación del artículo 108.3 de la LJCA que durante la tramitación del proceso contencioso se hayan emplazado a todas las Administraciones que hubieran podido intervenir en la generación del ilícito administrativo que pueda dar lugar a la indemnización debida a los terceros de buena fe.

Como ya hemos comentado, el análisis de la posible imputación de responsabilidad no debe ser objeto de discernimiento en el proceso que declara la ilegalidad de la construcción y su consiguiente orden de demolición. De igual forma, parece que no tiene encaje que en el proceso de ejecución se llame, a los efectos de prestar la ga-

⁷⁹ En Sentencia del Tribunal Supremo 62/2019 de 28 de enero, *rec.* 5793/2017, FJ 7°.

⁸⁰ “La caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate”

⁸¹ Véase SÁNCHEZ LAMELAS, A. en NAVARRO VEGA, M.B (Coord.), (2017: 197).

rantía suficiente para el pago de las indemnizaciones debidas, a una Administración que no haya intervenido en el proceso declarativo.

IX. CONCLUSIONES

- La finalidad del artículo 108.3 de la LJCA es triple. Pretende garantizar el mantenimiento del orden público mediante la ejecución de una sentencia que declara la ilegalidad de una construcción y la devolución a su estado original de la realidad física alterada. Dar cumplimiento al artículo 24 de CE mediante cumplimiento exacto del fallo de la sentencia declarativa de ilegalidad. La protección de los intereses de unos sujetos llamados terceros de buena fe que van a sufrir un perjuicio de carácter indemnizable por la demolición de la construcción.

- El precepto no constituye ni causa de inejecución ni causa de suspensión de la ejecución en sí mismo, ya que con la entrada en vigor del artículo 108.3 ni se ha producido un cambio en la normativa tenida en cuenta para acordar la demolición ni esta resulta materialmente imposible con motivo de la introducción. No obstante, el Juez o Tribunal al analizar el caso concreto puede apreciar causa de inejecución o suspensión legal o material, debiendo actuar conforme al artículo 105.2 de la LJCA.

- El artículo 108.3 de la LJCA es de aplicación a todos aquellos procedimientos de ejecución cuyo fallo aún no se ha materializado, es decir, se aplica el artículo 108.3 aunque el fallo de la sentencia declarativa sea anterior a la entrada en vigor del artículo.

- El precepto se aplica a todo acto de ilegalidad urbanística independientemente de la causa que lo haya generado, esto es, con independencia de si la generación del ilícito deriva de una actuación con licencia, contra licencia o sin licencia. Esto es así, porque una de las finalidades del artículo es la protección del orden jurídico perturbado con protección de unos intereses privados perjudicados por el restablecimiento de la realidad física alterada.

- Con la expresión indemnizaciones debidas el precepto no se refiere a que éstas deban ser líquidas y exigibles. Indemnizaciones debidas se refiere a una obligación de hacer y, por lo tanto, el artículo no pretende paralizar la ejecución mientras no estén fijadas como debidas ni en un procedimiento de responsabilidad patrimonial ni en un incidente de ejecución y todo esto porque se vulneraría el artículo 24 de la CE no sólo por otorgar al Juez o Tribunal de ejecución la carga de pronunciarse sobre un aspecto que no ha sido discutido en el proceso declarativo, sino porque a éste sólo le corresponde realizar los actos necesarios para el efectivo cumplimiento del fallo y, porque eliminaríamos el mandato constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías (debate y contradicción inherentes a todo litigio).

- El artículo introduce una fórmula de tutela garantista obligando al Juez o Tribunal de ejecución que solicite la constitución de una cuantía cautelar que a criterio del órgano sea suficiente para cubrir las posibles indemnizaciones que serán reconocidas en el proceso de responsabilidad patrimonial.

- Cuando el artículo se refiere a terceros de buena fe se está refiriendo a todos aquellos sujetos que pueden ser beneficiarios de una indemnización por el perjuicio causado con motivo de la demolición de un inmueble sobre el que tienen un derecho. El artículo no pretende que se entre a valorar la buena fe de los sujetos para establecer la garantía indemnizatoria que preceptúa, sólo pretende que con los elementos de juicio y los que pueda recabar se fije esta cuantía. El órgano de ejecución no debe dilucidar sobre esta cuestión porque del mismo modo se vulneraría el artículo 24 de la CE. La buena fe debe presumirse, y en el proceso correspondiente, esto es, en el de responsabilidad patrimonial se discutirá sobre ello.

- Podrán ser sujetos beneficiarios de la garantía cautelar del artículo no sólo aquellos que tienen un derecho de propiedad sobre el inmueble, sino también aquellos que gozan de él en base a cualquier otro título habilitante.

- No sólo se aplica a aquellos inmuebles que constituyen vivienda habitual o donde se desarrolle una actividad empresarial o profesional sino también cualquier tipo de inmueble como por ejemplo una segunda residencia.

- En principio, la Administración será la responsable de prestar la garantía suficiente ya sea por acción o por omisión. Sin embargo, el Juez o Tribunal podrá acordar de manera solidaria o subsidiaria que la presten también otros sujetos como promotores, constructores, etc. En este caso, el artículo tampoco impone al órgano Judicial que entre a valorar sobre la responsabilidad de estos sujetos, sino que impone en base a los datos que obren en su poder y aquellos que pueda recabar de lo enjuiciado en la instancia, que obligue a la prestación de las garantías indemnizatorias suficientes para el pago de las indemnizaciones a los terceros de buena fe.

- Las Administraciones Públicas, organismos y entidades dependientes de ellas no están exentas de prestar la garantía para cubrir las indemnizaciones que correspondan. El TS hace referencia al art. 173.2 de la LHL diciendo que el artículo 108.3 de la LJCA es posterior y que además incluye un supuesto especial, por lo tanto, todas aquellas leyes que otorgan la prerrogativa de exclusión estarían comprendidas por analogía y será de aplicación la doctrina del TC.

X. BIBLIOGRAFÍA

ARROYO, A. Y RODRÍGUEZ FLORIDO, I. “La demolición de inmuebles y el artículo 108.3 LJCA: Análisis de los recientes pronunciamientos judiciales”. *Revista de Administración Pública*. N.º. 208, 2019.

BERROCAL ACEDO, A. “¿Integra el artículo 108.3 un supuesto de suspensión de la ejecución de sentencia? *Actualidad Administrativa*. N.º2, 2018.

CASTANEDO GARCÍA, M.E. “Examen del nuevo apartado tercero del artículo 108,3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, en M.B. NAVARRO VEGA (Coord.). *Recientes reformas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El recurso de casación y la ejecución de las sentencias de derribo. XV Curso sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

CHINCHILLA PEINADO, J.A. “La efectividad del derecho a la ejecución del fallo que impone la demolición de edificaciones urbanísticamente ilegales ¿el artículo 108.3 LJCA como garantía o como obstáculo insuperable?”, en J. AGUDO GONZÁLEZ (Coord.) *Nulidad de planeamiento y ejecución de sentencias*. J.M Bosch Editor 2018, España.

CLIEN GALLART, J.A. “El papel de los residentes europeos en la modificación de los procesos de ejecución judicial de demolición de obras ilegales”. *Revista Boliviana de Derecho*. N.º.28, 2019.

DESDENTADO DAROCA, EVA. “El tortuoso camino de las demoliciones urbanísticas”. *Diario La Ley*. N.º.9267, Sección Doctrina, 26 de septiembre de 2018, Wolters Kluwer.

EZQUERRA HUERVA, A. “A vueltas con la ejecución de sentencias de derribo que puedan causar perjuicios a terceros de buena fe”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º.195 octubre-diciembre 2018. Editorial Civitas. Punto 3.

FLORES DOMÍNGUEZ, L.E. “Algunos intentos de paliar, a través de la responsabilidad, los efectos de la ejecución de sentencias que anulan licencias y ordenan la demolición de viviendas”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. N.º.8, 2017.

GUTIÉRREZ COLOMINA, V. “La ejecución de las sentencias urbanísticas con especial referencia a la imposibilidad legal y material”. *Revista Andaluza de Administración Pública. Monográfico Conmemorativo*. N.º 100, 2018.

MEDIAVILLA CABO, J.V. “Reflexiones con relación al artículo 108.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. *Revista jurídica de Castilla y León*. N.º.43, 2017.

NAVARRO ESPEJO, A. J. “La demolición de inmueble ordenada por los órganos judiciales contencioso-administrativos”. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla – La Mancha*. N.º.18, 2019.

RIVERO YSERN, J.L. “Regulación económica, urbanismo y medio ambiente” en BARRERO RODRÍGUEZ, C. (coord.) *Lecciones de Derecho Administrativo*. Volumen III. Madrid: Tecnos 2018, España.

SÁNCHEZ LAMELAS, A. “El artículo 108,3 de la LJCA: La ejecución de sentencias de derribo y la garantía de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe” en M.B. Navarro Vega (Coord.). *Recientes reformas de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. El recurso de casación y la ejecución de las sentencias de derribo. XV Curso sobre la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa*. Tirant lo Blanch. Valencia 2017.

JURISPRUDENCIA



COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

Deber de confidencialidad o secreto como límite al derecho de acceso a la información pública

Beatriz Idígoras Molina

Letrada de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I. BREVE INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. II. EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD O SECRETO COMO LÍMITE AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. 1. Configuración normativa del deber de confidencialidad o secreto. 2. Deber de confidencialidad o secreto como límite en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. III. ALCANCE DEL DERECHO DE ACCESO EN LOS PROCESOS DE TOMA DE DECISIÓN DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS. 1. El carácter reservado de las deliberaciones, no puede erigirse en una reserva genérica o prohibición respecto el acceso a dicha información. 2. Actas y acuerdos de los órganos colegiados como contenido del derecho de acceso a la información pública. 3. Deliberaciones y opiniones de los miembros de los órganos colegiados. Sentido del voto. 4. Excepciones.

RESUMEN: El presente artículo analiza la última jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al contenido del derecho de acceso a la información pública a la vista del deber de confidencialidad o secreto, que como límite al ejercicio de aquél derecho establece la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en sus artículos 14.1 y 18. 1.b).

PALABRAS CLAVE: Derecho de acceso a la información pública. Límites. Deber de secreto o confidencialidad.

ABSTRACT: This article analyzes the latest jurisprudence of the Supreme Court on the content of the right of access to public information, in view of the duty of confidentiality or secrecy, which as a limit to the exercise of that right, establishes Law 19/2013, on transparency, access to public information and good governance, in its articles 14.1 and 18. 1.b)

KEYWORDS: Right of access to public information. Limits. Duty of secrecy or confidentiality

I. BREVE INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El derecho de acceso a la información pública como manifestación del principio de transparencia en su vertiente pasiva y cuya base constitucional la encontramos en el artículo 105.b) CE, se regula actualmente en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), así como en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIBG), a la que se remite aquélla .

Siguiendo a grosso modo el esquema de la anterior Ley 30/1992, de 28 de noviembre, del Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, la actual LPACAP reconoce con carácter general el derecho de acceso a la información pública dentro del elenco de derechos de las personas, en su artículo 13 d), que señala

“ Quienes de conformidad con el artículo 3, tienen capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, son titulares, en sus relaciones con ellas, de los siguientes derechos: (...)

d) Al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico.

A su vez, cuando su ejercicio se realiza por parte de los interesados, su reconocimiento y regulación se contiene en el artículo 53.1, a) LPACAP, que pasamos a reproducir

“1. Además del resto de derechos previstos en esta Ley, los interesados en un procedimiento administrativo, tienen los siguientes derechos:

a) A conocer , en cualquier momento , el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados ; el sentido del silencio administrativo que corresponda , en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo ; el órgano competente para su instrucción , en su caso , y resolución ; y los actos de trámite dictados . Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos.

Como señala la doctrina, se trata este último, de un derecho de acceso cualificado que el legislador otorga al que ostenta la condición de interesado en el procedimiento y lo diferencia en determinados extremos del genérico derecho a la información pública del artículo 13 LPACAP. Partiendo de la dual caracterización de

este derecho, como señala CAMPOS ACUÑA¹, cuando su ejercicio se realiza por interesados, a diferencia del genérico de las personas *ex art. 13*, el precepto sí contempla conjuntamente con el derecho de acceso de los interesados el derecho a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos. Se observa en la descripción de la extensión del derecho una amplia configuración, tanto en el sentido material, respecto a todos los documentos, como en un sentido más instrumental, respecto a cuestiones tales como la competencia o el sentido del silencio administrativo que corresponda.

Partiendo de la genérica regulación del derecho de acceso, que como hemos indicado, remite de manera principal a la normativa básica estatal, nos centraremos en el ejercicio de este derecho cuando se ostenta la condición de interesado y entran en juego otros derechos dignos de protección, como es el caso del derecho de defensa. A su vez, a través de las Sentencias del Tribunal Supremo que serán objeto de análisis, abordaremos la confrontación de este derecho con el deber de confidencialidad o secreto que el ordenamiento jurídico impone, tanto a los empleados públicos, como a los miembros de distintos órganos colegiados, en su toma de decisiones .

II. DEBER DE CONFIDENCIALIDAD O SECRETO COMO LÍMITE DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1. Configuración normativa del deber de confidencialidad o secreto

Referido a los empleados públicos, el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (en adelante, EBEP), contempla bajo la rúbrica de “Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta”, en su artículo 52 las siguientes obligaciones,

“Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes.

¹ CAMPOS ACUÑA. M.C. “Derecho de acceso a la información pública en la Ley de Transparencia y en la Ley de Procedimiento Administrativo”. El Consultor de los Ayuntamientos, N° 6, , Ref. 780/2017, pág. 780, Editorial Wolters Kluwer.

Los principios y reglas establecidos en este capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos”.

En el artículo 53 EBEP, bajo la rúbrica de “ Principios éticos”, se señala en su apartado 12 que los empleados públicos “Guardarán *secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público*”.

Con mayor rotundidad si cabe, se establece este deber de secreto y confidencialidad respecto a los miembros de los órganos colegiados de gobierno de distintos organismos públicos e instituciones, de acuerdo con su normativa interna de aplicación. Sin ánimo exhaustivo, citar entre otros, el artículo 5 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas², artículo 38 y 40.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Cámara de Cuentas de Andalucía (ROFCCA), de 21 de diciembre de 2011³, artículos 9.2 y 11 del Reglamento de Funcionamiento Interno de la Consejo Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por el Pleno del Consejo , el 4 de octubre de 2013⁴.

2. Deber de confidencialidad o secreto como límite al derecho de acceso a la información pública en la ley de transparencia

En coherencia con el deber de secreto recogido en la norma, la LTAIBG en su artículo 14.1 establece que “ *El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la infor-*

² Artículo 5 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Deliberaciones, acuerdos y actas del Pleno del Tribunal de Cuentas.

1. Las deliberaciones del Pleno tendrán carácter reservado, debiendo guardar secreto de las mismas los asistentes y cuantos pudieran conocerlas por razón de sus funciones en el Tribunal.

³ 3 Artículo 38 ROFCCA. “El incumplimiento de los deberes del cargo de Consejero de la Cámara de Cuentas se producirá por cualquiera de los siguientes hechos:

b) No guardar el debido secreto sobre las deliberaciones del Pleno y de la Comisión de Gobierno o sobre las actuaciones relativas a los informes de auditoría antes de que estos estén aprobados definitivamente y se hagan públicos.

⁴ Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC, aprobado por el Pleno del Consejo de la CNMC el 4 de octubre de 2013, en su artículo 9 dispone lo siguiente:” Deliberaciones. (...) 2. Las deliberaciones del Consejo tienen carácter reservado, debiendo guardar secreto de las mismas quienes, por razón de sus funciones, tuvieren conocimiento de ellas.”

Y el artículo 11 del aludido Reglamento , dispone lo siguiente:“10. Las actas tendrán carácter reservado, debiendo guardar secreto de las mismas cuantos las conozcan por razón de sus funciones.”

Artículo 40. 2 ROFCCA “ Adoptado el acuerdo correspondiente, se procederá a la publicación de su nombramiento en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía mediante resolución de la persona titular de la Presidencia y tomará posesión de su cargo ante el Pleno, comprometiéndose solemnemente a cumplir sus obligaciones y a guardar secreto de las deliberaciones de los órganos colegiados de gobierno de la Cámara de Cuentas.

mación suponga un perjuicio para:(...) k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión”.

Ahora bien, no se trata de un límite que opere de manera automática, ya que el apartado 2, indica que *“La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso.”*

Por su parte, el artículo 18.1 de la ley al regular las distintas causas de inadmisión, señala que *“ Se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes (...)*

b) “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.”

En este mismo sentido, véase artículo 25 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía⁵.

Aun cuando los términos de la ley son claros exigiendo una aplicación estricta de dichos límites, que debe traducirse en una justificación y ponderación de los intereses en conflicto, no siempre se ha entendido así por los distintos órganos judiciales, entre otras, Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 24 de julio de 2018, a la que posteriormente nos referiremos.

Excepción hecha de estos pronunciamientos aislados, nadie duda de que los límites a los que se refiere el artículo 14 y 18 de la ley 19/2013, a diferencia de los relativos a la protección de datos de carácter personal, no se aplican directa ni automáticamente. La propia Exposición de Motivos de la LTAIBG establece que el derecho de acceso a la información pública del que son titulares todas las personas, solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos; y, en fin, que, en todo caso, los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño (*del interés que se salvaguarda con el límite*) y de interés público en la divulgación (*que en*

⁵ 5 Artículo 25 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía. Límites al derecho de acceso a la información pública

1. *El derecho de acceso a la información pública sólo podrá ser restringido o denegado en los términos previstos en la legislación básica.*

2. *Las limitaciones al derecho de acceso sólo serán de aplicación durante el período de tiempo determinado por las leyes o en tanto se mantenga la razón que las justifique. Su aplicación será valorada con respecto a la posibilidad de facilitar el acceso parcial.*

3. *La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso.*

el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad.

En este punto, resulta de sumo interés traer a colación el Criterio interpretativo 2/2015, de 24 de junio de 2015, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) y la Dirección de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) relativo a la aplicación de los límites al derecho de acceso a la información⁶.

Resta citar, la doctrina del Tribunal Supremo en su ya conocida Sentencia núm. 1547/2017, de 16 de octubre de 2017, señalando en su Fundamento Jurídico Sexto *“La formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1, sin que quepa aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información”*

III. ALCANCE DEL DERECHO DE ACCESO EN LOS PROCESOS DE TOMA DE DECISIÓN DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS

Como adelantamos al inicio de nuestra exposición, nos centraremos en trasladar la doctrina jurisprudencial más reciente respecto al límite de la confidencialidad o secreto en los procesos de toma de decisión de órganos colegiados, determinando el alcance del derecho de acceso en estos supuestos.

⁶ Criterio interpretativo 2/2015, de 24 de junio de 2015, del CTBG y de la AEPD, alcanza las siguientes conclusiones:

En atención a lo analizado anteriormente, a juicio de este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y de esta Agencia Española de Protección de Datos procede concluir lo siguiente:

a) Los artículos 14 y 15 de la LTAIBG regulan los límites del derecho de acceso a la información que no operan de forma automática, sino que habrán de ser aplicados de acuerdo con las reglas de aplicación y los elementos de ponderación que establecen la citada Ley y la LOPD.

b) El orden de ponderación opera desde el artículo 15 al 14 con valoración de los elementos que modulan la toma de decisiones.

c) El artículo 14 no supondrá, en ningún caso una exclusión automática del derecho a la información, antes al contrario deberá justificar el test del daño y el del interés público para ser aplicado.

d) Del mismo modo, su aplicación deberá justificar y motivar la denegación.

e) En cualquier caso si no cupiera el otorgamiento del acceso a la totalidad de la información una vez hechas las valoraciones anunciadas, se concederá acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante que parte de la información ha sido omitida.

f) Todas las resoluciones denegatorias, total o parcialmente, del acceso en aplicación de los límites previstos en el artículo 14 de la LTAIBG serán objeto de publicidad en los términos establecidos en el art. 14.3 de la misma.

Esta doctrina jurisprudencial viene referida, de un lado, a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 34/2020, de 17 de enero, y de otro lado, a la Sentencia núm. 235/2021, de 19 de febrero .

1. El carácter reservado de las deliberaciones, no puede erigirse en una reserva genérica o prohibición respecto al acceso a dicha información

De sumo interés, es el primer pronunciamiento que realiza la STS núm. 34/2020, de 17 de enero. En el caso resuelto, una empresa solicitaba información a la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia (CNMC) sobre el sentido del voto de cada uno de los miembros del Consejo que decidieron el incidente de recusación planteado contra algunos de sus integrantes. La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 24 de julio de 2018, consideró que los datos de las deliberaciones y de la opinión de cada uno de los vocales/consejeros no es información pública, bajo el argumento de que así lo dispone el Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC, aprobado por el Pleno del Consejo el 4 de Octubre de 2013, en el que se dice que las deliberaciones y las actas tienen carácter reservado. Esto es, aplica de manera automática el límite legal el artículo 18.1.b) LTAIBG , contra el criterio interpretativo antes señalado.

La invocada STS núm. 34/2020, corrige a la Audiencia Nacional señalando

“Fundamento de Derecho Cuarto

“(…) Dispone este precepto del Reglamento de Reglamento Interno, aprobado por el Pleno del Consejo de la CNMC el 4 de Octubre de 2013, en su artículo 9.2 lo siguiente:

“Artículo 9. Deliberaciones.

2. Las deliberaciones del Consejo tienen carácter reservado, debiendo guardar secreto de las mismas quienes, por razón de sus funciones, tuvieren conocimiento de ellas.”

Y el artículo 11.10 del aludido Reglamento lo siguiente:

“Artículo 11. Actas, certificaciones y traslado de acuerdos. (...)10. Las actas tendrán carácter reservado, debiendo guardar secreto de las mismas cuantos las conozcan por razón de sus funciones.”

Como se desprende con facilidad lo que contemplan ambos preceptos reglamentarios es el carácter reservado de las deliberaciones y de las actas de las deliberaciones, desde una perspectiva interna, esto es, de vinculación a los miembros del Consejo en lo que se refiere a su funcionamiento interno, dentro de las relaciones del Consejo, ad intra, de modo que los vocales deben guardar secreto respecto a lo deliberado pero no disponen ni establecen una

reserva genérica o prohibición respecto a terceros o interesados, respecto a los que registrarán, obviamente, las reglas generales contempladas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC, o la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia. El reglamento interno es un conjunto de reglas, un conjunto ordenado de normas que tiene validez en el contexto interno, que han de interpretarse en ese exclusivo entorno interior, sin que pueda trasladarse a las relaciones con terceros o fuera de dicho ámbito, como parece considerar la sentencia impugnada”

Este pronunciamiento sienta una primera conclusión de gran relevancia, al señalar que los reglamentos de régimen interior no son disposiciones aptas para imponer la confidencialidad de las deliberaciones con efectos ad extra- se circumscribe a su ámbito interno-, de manera que no resulta posible que el órgano invoque el deber de secreto o confidencialidad para negar a terceros y, particularmente, a los interesados el derecho de acceso a aquella documentación que consideren de interés para el ejercicio legítimo de sus derechos. Se trata de una importante precisión, ya que como hemos visto, en nuestro ordenamiento existen no pocas reglamenaciones internas semejantes a de la CNMC.

2. Actas y acuerdos de los órganos colegiados como contenido del derecho de acceso a la información pública

Aun tratándose de una cuestión pacífica en la doctrina del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno⁷, en lo que hace a nuestro alto tribunal, no es hasta la reciente Sentencia núm. 235/2021, de 19 de febrero, cuando sienta como doctrina jurisprudencial, *“En respuesta a la cuestión sobre la que se apreció interés casacional debemos afirmar que las actas de las reuniones de un órgano colegiado no están, en principio, excluidas del conocimiento público al amparo del art. 14.1.k de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre (RCL 2013, 1772) de Transparencia, ya que los datos en ella incorporados de forma obligatoria no afectan a la garantía de confidencialidad o el secreto requerido en la formación de voluntad del órgano colegiado, al no reflejar, como contenido mínimo necesario, la totalidad de la deliberación ni las opiniones y manifestaciones íntegras de cada uno de sus miembros. Por ello, y de conformidad con lo hasta ahora expuesto procede estimar el recurso de casación declarando que el derecho de acceso a la información pública comprende no solo los acuerdos adoptados sino también a las actas de las reuniones del consejo de administración de la autoridad portuaria de A Coruña, anulando la sentencia impugnada en el extremo referido a la negativa a facilitar dicha información y confirmándola en los demás extremos.”*

El Tribunal Supremo corrige nuevamente a la Audiencia Nacional que en Sentencia de fecha 18 de noviembre de 2019, adoptó el criterio de no facilitar las actas

⁷ Vid. Resolución núm. 239/2018, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que recoge la consolidada doctrina de este órgano, en cuanto a la solicitud de las Actas de los órganos de las Administraciones Públicas e incluso órganos políticos.

o grabaciones de los Consejos de Administración de la Autoridad Portuaria de A Coruña.

3. Deliberaciones y opiniones de los miembros de órganos judiciales. Sentido del voto como contenido del derecho de acceso

El derecho de acceso a las deliberaciones y opiniones y, en particular, al sentido del voto de cada uno de los miembros de los órganos colegiados, es la segunda cuestión abordada en la Sentencia núm. 34/2020 que venimos analizando. Como hemos indicado, la empresa recurrente solicitaba saber el sentido del voto u opinión de cada uno de los miembros que integran el Consejo de la CNMC. El Tribunal Supremo niega dicho derecho porque entiende que se trata de un órgano colegiado cuyas decisiones se adoptan con arreglo a las normas que regulan la formación de voluntad de este tipo de órganos conformados por varios miembros de modo que, dice literalmente:

“Fundamento de Derecho Cuarto.

(...) Dicho lo anterior y no estando en cuestión los preceptos reglamentarios, en cuanto se circunscriben al ámbito del “funcionamiento interno” de la CNMC, lo que resta por resolver es si entre la información que se ha de suministrar a Repsol se encuentra el voto de cada uno de los integrantes del Consejo, esto es, transmitir el sentido del voto u opinión de cada uno de los Miembros que integran el CNMC. Y ciertamente, cabe recordar que la CNMC es un órgano colegiado cuyas decisiones se adoptan con arreglo a las normas que regulan la formación de voluntad de este tipo de órganos conformados por varios miembros, de modo que no es coherente con la naturaleza de los órganos colegiados desagregar e individualizar el voto de cada miembro o componente del órgano que por si sólo carece de trascendencia y relevancia, puesto que lo que es esencial es, precisamente, la voluntad única de la mayoría de sus miembros.”

A la vista de lo anterior, se sienta como doctrina jurisprudencial que desde la perspectiva del artículo 18.1.b) LTAIBG, no cabe entender que el sentido del voto de cada miembro de los órganos colegiados pueda ser incluido en el concepto de “información” a que se refiere la Ley. En nuestra opinión se trata de un pronunciamiento en exceso restrictivo, que poco casa con la amplia configuración legal del derecho de acceso a la información pública. De hecho, ha sido objeto de crítica por la doctrina más autorizada en materia de transparencia⁸. Debemos añadir, que cuando el tercero ostenta la condición de interesado, es obvio, que con este tipo de solicitudes lo que se está pretendiendo es obtener y preparar una prueba, para el ejercicio de su derecho

⁸ BLANES, M.A. analiza esta sentencia en el artículo “El sentido del voto de cada uno de los miembros de un órgano colegiado, ¿es información pública?”, del que extraemos las siguientes conclusiones

de defensa en los tribunales de justicia. Desde esta perspectiva, resulta evidente que se están vulnerando otros derechos dignos de protección.

4. Excepciones

Aun cuando este pronunciamiento nos parezca restrictivo, hemos de señalar que el TS, en la señalada Sentencia núm. 34/2020, arroja otro argumento adicional para negar el derecho de acceso al sentido del voto que, a sensu contrario, nos permite señalar excepciones para que, en determinados supuestos, se pueda acceder a dicha información, a saber:

“Fundamento de Derecho Cuarto

“(…) Por otra parte, y con referencia a las Actas, el artículo 27 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC, no incluye la información sobre el voto de cada uno de los miembros del órgano, y sí exige la expresión de las razones de la decisión que han de conseguirse, por ser la motivación que sustenta el acuerdo.

“Artículo 27. Actas. 1. De cada sesión que celebre el órgano colegiado se levantará acta por el Secretario, que especificará necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.

2. En el acta figurará, a solicitud de los respectivos miembros del órgano, el voto contrario al acuerdo adoptado, su abstención y los motivos que la justifiquen o el sentido de su voto favorable. Asimismo, cualquier miembro tiene derecho a solicitar la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, siempre que aporte en el acto, o en el plazo que señale el Presidente, el texto que se corresponda fielmente con su intervención, haciéndose así constar en el acta o uniéndose copia a la misma.

3. Los miembros que discrepen del acuerdo mayoritario podrán formular voto particular por escrito en el plazo de cuarenta y ocho horas, que se incorporará al texto aprobado.(…)

(…)En esta línea el artículo 27 transcrito, establece que en el Acta deberá figurar el contenido de los acuerdos, “a solicitud de los respectivos miembros del órgano” el voto contrario al acuerdo, su abstención y los motivos que justifique el sentido de su voto.

¹⁴ *En mi opinión, no es un tema de coherencia, sino de transparencia y control democrático de las instituciones públicas. Y no es cierto que “desagregar o individualizar el voto de cada miembro” carezca de importancia, puesto que arroja mucha más luz sobre la integridad del proceso de toma de decisión: quién votó a favor, en contra o se abstuvo.*

No obstante, en mi opinión, aunque los acuerdos se adopten por el voto favorable de la mayoría de sus miembros, sí que es relevante conocer el sentido del voto de cada uno de ellos para incrementar el control, la integridad y la transparencia sobre el funcionamiento de dicho órgano colegiado, por ejemplo, al objeto de denunciar posibles incumplimientos del deber de abstención de alguno de sus miembros o la importancia en el resultado final de la votación que haya podido tener el voto favorable y determinante de algún miembro incurso en causa de abstención.”

Esto responde al carácter colegiado de la decisión y a la posibilidad de cada miembro de salvar o expresar su opinión, favorable, contraria a la mayoría o su abstención.”

De acuerdo con esta fundamentación, podemos concluir sin dificultad, que cuando los integrantes de un órgano colegiado, al amparo del actual artículo 19.5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, soliciten que en el acta figure el voto contrario al acuerdo adoptado, su abstención y los motivos que la justifiquen o el sentido de su voto favorable, así como, la transcripción de su intervención o formulen voto particular, debe permitirse el acceso a esta información, especialmente, cuando se ostente la condición de interesado a la vista de los asuntos debatidos.

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

La necesaria ordenación e intervención urbanística municipal sobre el uso turístico de viviendas: líneas rojas a la parahotelería

The necessary municipal urban planning intervention on the tourist use of housing: red lines to the para-hotels

Miguel Ángel Rodríguez Martínez

Doctor en Derecho

Secretario General

Pleno del Cabildo Insular de Fuerteventura

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PUNTO DE PARTIDA DE LA INTERVENCIÓN URBANÍSTICA SOBRE EL USO TURÍSTICO DE VIVIENDAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL, SR. MICHAL BOBEK EN LOS ASUNTOS C-724/18 Y C-727/18. 1. Aplicabilidad de la Directiva de servicios al uso turístico de viviendas. 2. Autorización administrativa formal para el cambio de uso residencial a turístico de una vivienda: régimen de autorización y no requisito. 3. Compatibilidad del régimen de autorización para el cambio de uso residencial a turístico de una vivienda con la Directiva de servicios. A. El principio de necesidad. B. El principio de proporcionalidad. C. El principio de no discriminación. II. EL AVAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE A LA INTERVENCIÓN URBANÍSTICA SOBRE EL USO TURÍSTICO DE VIVIENDAS: LA SENTENCIA DE 22/9/2020, CALI APARTMENTS y HX (C-724/18 y C-727/18). III. LA INMEDIATA “TRANSPOSICIÓN” POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE. 1. La clara distinción entre el uso residencial de una vivienda (estable, habitual o permanente) y el uso equipamental (turístico) de una vivienda (transitorio y circunstancial). 2. La protección del “derecho a la vivienda”, digna y adecuada, y del “entorno urbano” como razón imperiosa de interés general y título habilitante para la intervención municipal en uso de la potestad de planeamiento. 3. La intervención municipal

en uso de la potestad de intervención y protección de la legalidad urbanística. IV. LA INTEGRACIÓN DEL USO TURÍSTICO DE VIVIENDAS EN LAS BASES DE LA ORDENACIÓN URBANA. 1. La indisponible sostenibilidad de un sistema urbano integral. 2. La efectividad del derecho a la vivienda digna y adecuada como eje de la sostenibilidad del sistema urbano. V. LA HABILITACIÓN DEL USO TURÍSTICO DE VIVIENDAS A TRAVÉS DE LAS DIVERSAS TÉCNICAS URBANÍSTICAS. 1. El protagonismo de la técnica de la zonificación. 2. Clasificación, categorización y calificación urbanísticas: el suelo turístico. 3. La conveniencia y oportunidad de la habilitación de nuevos instrumentos de ordenación urbanística del uso turístico de viviendas. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Durante la última década, el auge experimentado por el uso turístico de viviendas ha provocado una gran transformación urbanística, social, económica y cultural en muchas ciudades del mundo, especialmente en todas las grandes capitales europeas, que ha ido acompañada de una enorme controversia jurídica sobre el contenido del derecho de propiedad inmobiliaria, las potestades de ordenación urbanística, el control administrativo sobre ese tipo de actividades y la conciliación de las exigencias de la Directiva de Servicios con el urbanismo, en la que hasta el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la UE habían salido casi siempre perdedoras las potestades públicas que ahora, en un giro radical, salen plenamente reforzadas, lo que exige analizar las posibles técnicas de intervención administrativa sobre dicho fenómeno.

PALABRAS CLAVE: Vivienda turística; Directiva de servicios; derecho a la vivienda; protección del entorno urbano; ordenación urbanística.

ABSTRACT: During the last decade, the boom experienced by the tourist use of housing has caused a great urban, social, economic and cultural transformation in many cities of the world, especially in all the major European capitals, which has been accompanied by a huge legal controversy over the content of real estate law, the powers of urban planning, administrative control over this type of activities and the reconciliation of the requirements of the Services Directive with urban planning, in which until the ruling of the Court of Justice of the EU the public powers have almost always been the losers and now, in a radical turn, are fully reinforced, which requires analyzing the possible techniques of administrative intervention on this phenomenon.

KEYWORDS: Tourist housing; Services Directive; right to housing; protection of the urban environment; urban planning.

I. INTRODUCCIÓN

Ante el evidente auge, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, de las viviendas para uso turístico, eran muchas las voces que invocaban la necesidad de hacer efectiva una planificación urbana sostenible que garantice de manera efectiva el derecho a la vivienda de todos los ciudadanos, especialmente de las personas más vulnerables, así como el mantenimiento de la identidad cultural y social de las ciudades, poniendo freno a la turistificación y a la gentrificación de muchas urbes, otorgando preeminencia a las políticas medioambientales, de vivienda y de protección social sobre la razones de carácter económico, interviniendo en el pulso entre sostenibilidad económica y sostenibilidad ambiental, buscando el adecuado equilibrio que garantice la presencia eficaz de los valores de ésta última en todas las diferentes políticas públicas.

Sin embargo, muchos de los intentos de regulación de ese fenómeno del cambio de uso residencial a turístico de las viviendas, tanto en nuestro país como también en otros, se dieron de bruces en múltiples ocasiones con los tribunales de justicia al considerar que chocaban de frente con las determinaciones de la Directiva de Servicios (2006/123/CE), en concreto con las exigencias de la libertad de establecimiento, de la ordenación general de la economía y la unidad de mercado.

Pero ese panorama empezó a cambiar significativamente con la presentación, el 2 de abril de 2020, de las conclusiones del Abogado General, Sr. Michal Bobek en los asuntos C-724/18 y C-727/18, que culminó, en el ámbito de la UE, la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de septiembre de 2020.

En el plano nacional, dejando al margen otras resoluciones de similar orientación, el camino se abrió, entre otras, por la Sala de lo contencioso del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco con su sentencia número 292/2019 de 11 de junio, culminándose dicho procedimiento por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo con su Sentencia núm. 1.550/2020 de 19 de noviembre, a la que siguieron otras en similar sentido.

A partir de tales sentencias se abrió un escenario jurídico general muy favorable para la implantación de políticas urbanas racionales y sostenibles que encaucen el uso turístico de las viviendas evitando sus consecuencias negativas, y aprovechen sus vertientes positivas sobre la base de una adecuada regulación normativa de la actividad.

Por esa razón ha de comenzarse el examen de la cuestión por el repaso, aunque sea somero, pues ha sido objeto de numerosos comentarios doctrinales, de la doctrina establecida en el ámbito jurisdiccional de la UE, que es el soporte básico de la doctrina jurisprudencial uniforme que se ha consolidado en el Tribunal Supremo.

II. EL PUNTO DE PARTIDA DE LA INTERVENCIÓN URBANÍSTICA SOBRE EL USO TURÍSTICO DE VIVIENDAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL, SR. MICHAL BOBEK EN LOS ASUNTOS C-724/18 Y C-727/18

De las diversas cuestiones analizadas¹ minuciosamente en las Conclusiones resultan de especial interés aquí las relativas a si puede estar justificado el establecimiento de un régimen de autorización para el arrendamiento de un inmueble amueblado durante breves períodos de tiempo por razones imperiosas de interés general, en particular por la necesidad de una oferta asequible de alojamientos de larga duración y por la protección del entorno urbano y, en caso de respuesta afirmativa, qué criterios o medidas serían proporcionados a los objetivos de interés general perseguidos. No obstante, no puede soslayarse una breve referencia a otras de las cuestiones planteadas.

1. Aplicabilidad de la Directiva de servicios al uso turístico de viviendas

De la amplia reflexión que el Abogado General hace respecto de la aplicabilidad de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior (en lo sucesivo, «Directiva de servicios») al uso turístico de viviendas la primera cuestión relevante es que para el Abogado General no hay duda de que estamos ante un ser-

¹ La Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia), órgano jurisdiccional remitente, planteó las siguientes cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia:

«1) *A la luz de la definición de su objeto y de su ámbito de aplicación con arreglo a sus artículos 1 y 2, ¿se aplica la [Directiva de servicios] al arrendamiento a título oneroso, incluso no profesional, de un inmueble amueblado destinado a uso de vivienda que no constituye la residencia principal del arrendador, de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo a clientes de paso que no fijan en él su domicilio, habida cuenta, en particular, de los conceptos de “prestadores” y de “servicios”?*»

2) *En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, ¿constituye una normativa nacional como la prevista en el artículo L. 6317 del Código de la Construcción y de la Vivienda un régimen de autorización de la citada actividad, en el sentido de los artículos 9 a 13 de la [Directiva de servicios], o únicamente un requisito sujeto a los artículos 14 y 15?*

En caso de que los artículos 9 a 13 de la [Directiva de servicios] sean aplicables:

3) *¿Debe interpretarse el artículo 9, letra b), de dicha Directiva en el sentido de que el objetivo referido a la lucha contra la escasez de vivienda destinada a alquiler constituye una razón imperiosa de interés general que permite justificar una medida nacional que somete a autorización, en determinadas zonas geográficas, el arrendamiento de inmuebles amueblados destinados a uso de vivienda de forma reiterada durante breves períodos de tiempo a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio?*

4) *En caso afirmativo, ¿es proporcionada esa medida en relación con el objetivo perseguido?*

5) *¿Se opone el artículo 10, apartado 2, letras d) y e), de la Directiva a una medida nacional que somete a autorización el arrendamiento de un inmueble amueblado destinado a uso de vivienda “de forma reiterada”, durante “breves períodos de tiempo”, a “clientes de paso que no fijan su domicilio en él”?*

6) *¿Se opone el artículo 10, apartado 2, letras d) a g), de la Directiva a un régimen de autorización que prevé que las condiciones para la concesión de la autorización se fijan mediante acuerdo de la junta municipal a la luz de los objetivos de diversidad social en función, en particular, de las características de los mercados de la vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de vivienda?»*

vicio de naturaleza económica², y que se trata de un servicio claramente turístico³ y eso, desde la perspectiva urbanística es absolutamente determinante como luego se verá, puesto que el objeto principal del litigio no es otro que la aplicación de una técnica de intervención tradicional en nuestro derecho urbanístico como es la autorización o licencia previa para el cambio de uso de una edificación. Se trata, sin lugar a dudas, del meollo de la cuestión: la necesidad, por supuesto siempre que sea legalmente posible el nuevo uso, lo cual no puede darse nunca por supuesto, de autorización previa del cambio de uso de una vivienda de residencial a un uso turístico o servicio de naturaleza económica.

De hecho, ese cambio a un uso/actividad/servicio de naturaleza económica y turística es lo que determina mi preferencia por el término parahotelería, expresión que considero muy acertada frente a otras como alquiler turístico, viviendas vacacionales o viviendas de uso turístico.

Se trata de una palabra muy usada en algunos países de Latinoamérica para describir esta actividad, y considero que es un término que consigue sintetizar perfectamente el fenómeno objeto de este estudio, y que no es otro que el uso de viviendas residenciales para llevar a cabo la actividad de alojamiento turístico. Es un término que expresa claramente la esencia del fenómeno, si tenemos en cuenta que el prefijo “para” puede tener varios significados: “junto a”, “semejante a”, “al margen o en contra de”, todos los cuales resultan, curiosamente, útiles para explicar o definir esta actividad, puesto que sus impulsores utilizarán los dos primeros conceptos (para ellos se trataría simplemente de una modalidad más de alojamiento turístico que coexistiría con las más empresariales o profesionales), mientras que sus detractores preferirán, sin duda, el último de ellos (pues argumentarán que supone una modalidad no profesional que compite con ventaja sobre las tradicionales formas empresariales de alojamiento turístico). De hecho, y teniendo presente que conforme al artículo 10, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123 los criterios han de ser claros e inequívocos, debería indicarse que el término adecuado, por claro e inequívoco, sería el señalado de “uso turístico de viviendas” o el de “cambio de uso de vivienda a apartamento turístico”,

² CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL: “40. En mi opinión, el arrendamiento a título oneroso por breves períodos de tiempo constituye un servicio de naturaleza claramente económica. La autorización del cambio de uso de una vivienda no es sino un requisito que afecta al acceso a la prestación de este servicio en particular”.

³ CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL: “44. En realidad, todo indica que se pretendía incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva el alquiler de alojamientos, como cualquier otro servicio del sector turístico. Aunque no se haga mención expresa a tal efecto en la Directiva de servicios, el considerando 33 afirma que la Directiva se aplica también a los servicios relacionados con los inmuebles y los destinados a los consumidores, incluidos los de turismo. Además, aunque ciertamente no es vinculante, el Manual de la Comisión Europea sobre la transposición de la Directiva de servicios también confirma que las actividades de arrendamiento se incluyen entre las que pueden considerarse servicios”.

pues la referencia a “vivienda” se vincula propiamente a un uso residencial permanente o habitual pero nunca a un uso turístico.

En este sentido no puede dejarse de señalar que ésta es la perspectiva de la administración tributaria española (AEAT⁴), diferenciar los servicios que presta la industria hotelera del uso del alojamiento privado para el turismo que es lo que se denomina alquiler turístico:

“En los últimos años se viene produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo que es lo que se denomina alquiler turístico y hay que diferenciarlo de los servicios que presta la industria hotelera.

La Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA) pone como ejemplos de “servicios complementarios propios de la industria hotelera” los de restaurante, limpieza, lavado de ropa u otros análogos (art 20.uno.23º. b.º LIVA). En este sentido, los servicios de hospedaje se caracterizan por extender la atención a los clientes más allá de la mera puesta a disposición de un inmueble o parte del mismo. Es decir, la actividad de hospedaje se caracteriza, a diferencia de la actividad de alquiler de viviendas, porque normalmente comprende la prestación de una serie de servicios tales como recepción y atención permanente y continuada al cliente en un espacio destinado al efecto, limpieza periódica del inmueble y el alojamiento, cambio periódico de ropa de cama y baño, y puesta a disposición del cliente de otros servicios (lavandería, custodia de maletas, prensa, reservas etc.), y, a veces, prestación de servicios de alimentación y restauración. (Consultas DGT V0081.16 y V0575.15)”.

Por lo tanto, la conclusión del Abogado General de que se trata de un “servicio claramente turístico” puede ser matizada en el sentido de que de que sí es una actividad turística, pero sui generis por su limitada vinculación a la prestación de servicios en sentido estricto⁵.

⁴ https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_componentes/_Le_interesa_conocer/Historico/La_tributacion_de_los_alquileres_turisticos.shtml

⁵ En tal sentido cabe mencionar de nuevo el criterio sostenido por la AEAT respecto de la calificación de servicios en sentido estricto, pues los que menciona también se prestan en arrendamientos convencionales para uso residencial permanente: “En particular, se consideran servicios complementarios propios de la industria hotelera, además de los citados, los servicios de limpieza del interior del apartamento, así como los servicios de cambio de ropa en el apartamento, ambos prestados con periodicidad.

Por el contrario, no se consideran servicios complementarios propios de la industria hotelera los que a continuación se citan:

Servicio de limpieza del apartamento prestado a la entrada y a la salida del periodo contratado por cada arrendatario.

Servicio de cambio de ropa en el apartamento prestado a la entrada y a la salida del periodo contratado por cada arrendatario.

Servicio de limpieza de las zonas comunes del edificio (portal, escaleras y ascensores) así como de la urbanización en que está situado (zonas verdes, puertas de acceso, aceras y calles).

Servicios de asistencia técnica y mantenimiento para eventuales reparaciones de fontanería, electricidad, cristalería, persianas, cerrajería y electrodomésticos”.

Igualmente, enlazando con lo anterior y desde la perspectiva tributaria al menos, cabe matizar la conclusión de que se trata de un “servicio de naturaleza económica” pues para la AEAT “*Con carácter general, los rendimientos derivados del alquiler de apartamentos turísticos tendrán la consideración de rendimientos del capital inmobiliario*”⁶, de tal modo que no se diferencian de los obtenidos de un arrendamiento para uso residencial permanente ni se equiparan a los obtenidos del ejercicio de actividades económicas en sentido estricto, salvo que a la mera cesión temporal del uso del inmueble se añada la prestación de servicios: “*No obstante, el arrendamiento se puede entender como una actividad empresarial y los rendimientos derivados de la misma tendrán la consideración de rendimientos de actividades económicas cuando, además de poner a disposición el inmueble, se ofrezcan, durante la estancia de los arrendatarios, servicios propios de la industria hotelera como pueden ser: servicios periódicos de limpieza, de cambio de ropa, de restauración, de ocio u otros de naturaleza análoga o cuando, sin prestar tales servicios, se disponga de una persona con contrato laboral y jornada completa para la ordenación de la actividad*”.

En segundo lugar resulta especialmente interesante la reflexión en torno al considerando 9 de la Directiva de servicios⁷, según el cual ésta no se aplica a «normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural [ni a las] normas de construcción», lo cual ha dado lugar a interesantes controversias doctrinales sobre la relación entre la Directiva de servicios y el urbanismo.

El Abogado General desvirtúa la relevancia del citado considerando 9, en primer lugar por cuestiones meramente formales, pues, en su opinión “(47)... *por sí mismo y sin la correspondiente disposición en el texto, un considerando no puede establecer una nueva exención por categorías que no tenga reflejo alguno en la parte operativa del texto del acto de la Unión*”, y en segundo lugar por una cuestión de fondo: “(48)... *en cualquier caso, el considerando 9 tiene un objeto distinto del relativo a la exclusión de una nueva área del ámbito de aplicación de la*

⁶ Véase web AEAT citada: “*Para que proceda esa calificación, el alquiler se tiene que limitar a la mera puesta a disposición de un inmueble durante un periodo de tiempo, sin que vaya acompañado de la prestación de servicios propios de la industria hotelera. A modo de ejemplo, no se consideran como tales: los servicios de limpieza realizados antes de la llegada de los inquilinos o tras la salida de éstos o la entrega y recogida de llaves en el momento de la entrada y salida de los clientes.*

Los rendimientos obtenidos por el arrendamiento se declararán por el titular del inmueble o del derecho que le habilita para la cesión (por ejemplo, en el caso de un usufructuario del inmueble que cede el mismo) por la diferencia entre los ingresos íntegros y los gastos fiscalmente deducibles.

Al rendimiento neto resultante de esa operación no le resultará aplicable la reducción del 60% prevista en el artículo 23.2 de la Ley de IRPF ya que los apartamentos de uso turístico no tienen por finalidad satisfacer una necesidad permanente de vivienda sino cubrir una necesidad de carácter temporal”.

⁷ CONSIDERANDO 9 “*La presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada*”.

Directiva”. Sus argumentos pueden resumirse en su afirmación tajante⁸ de que “(53)... Las normas que rigen (el acceso a) los servicios están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, mientras que las normas de aplicación general que no diferencian en modo alguno entre los prestadores de servicios y los particulares no lo están. Tal como confirma la primera frase del considerando 9, los requisitos relativos a las condiciones de acceso a la prestación de un servicio están claramente incluidos, sea cual sea el ámbito del Derecho del que emanen”⁹.

2. Autorización administrativa formal para el cambio de uso residencial a turístico de una vivienda: régimen de autorización y no requisito

Respecto de la segunda cuestión prejudicial, las conclusiones señalan que las normas controvertidas, es decir, la exigencia de una autorización administrativa formal para el cambio de uso residencial a turístico de una vivienda, constituyen un régimen de autorización, no un requisito y, por lo tanto, deben examinarse desde la perspectiva de la sección 1 del capítulo III, relativa a las autorizaciones y, en particular, de sus artículos 9 y 10.

3. Compatibilidad del régimen de autorización para el cambio de uso residencial a turístico de una vivienda con la Directiva de servicios

A. El principio de necesidad

Debe destacarse cómo las conclusiones comienzan por afrontar directamente la relación con dos derechos reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: el artículo 16 (libertad de empresa) y el artículo 17 (derecho a la propiedad), que han sido los pilares que habían dado soporte a muchas resoluciones judiciales, artículos doctrinales e iniciativas de todo tipo, entre las que es de destacar el papel protagonista de la Comisión nacional de los Mercados y la Competencia en el ámbito nacional, contrarias a cualquier intervención o regulación del uso turístico de viviendas, y cuyos planteamientos unidireccionales se han visto completamente desmantelados a raíz de la nueva corriente jurisprudencial.

⁸ En la misma línea señala: “(49)... Por lo tanto, todas las normas en cualquier ámbito que establezcan un requisito para acceder a un servicio, incluidos los relativos al cambio de uso de un inmueble, están sujetas a la Directiva. Pero se hace una aclaración: la Directiva «solo» se aplica a estos requisitos”.

⁹ Adicionalmente, el Abogado General, con apoyo en la sentencia Visser, recuerda que “(57)... cuando los inmuebles se utilizan con ánimo de lucro, el Tribunal de Justicia diferencia entre el objeto específico de las normas y su finalidad general. El hecho de que la (principal) finalidad tenga que ver, sobre todo, con el urbanismo no impide que las normas estén sujetas a la Directiva de servicios si su objeto específico es una actividad económica.

(58) Por lo tanto, de la sentencia Visser se infiere claramente que las normas relativas al uso de inmuebles estarán comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios en la medida en que afecten a actividades económicas y, con ello, tengan efectos sobre el acceso al mercado de servicios o al ejercicio de una actividad de servicios”.

Lo primero, y muy importante, que recuerdan las conclusiones es que no se trata de derechos absolutos¹⁰, sino sometidos a límites y restricciones derivados de las exigencias del interés general¹¹.

Sentada esa base jurídica, el Abogado General procede el examen de si se cumple la doble exigencia de la Directiva de servicios de que la necesidad del régimen de autorización esté justificada por una razón imperiosa de interés general y los criterios en que se basen los regímenes de autorización estén, a su vez, justificados por una razón imperiosa.

Varias y diversas fueron las razones imperiosas de interés general invocadas por algunas de las partes intervinientes: solucionar la escasez de viviendas; ofrecer alojamiento asequible y en cantidad suficiente; seguir una política social de vivienda; proteger el entorno urbano; luchar contra la presión inmobiliaria; proteger a los consumidores; garantizar la eficacia de las inspecciones fiscales; fomentar el comercio justo; y proteger a los destinatarios de servicios de alojamiento.

El Abogado General identifica y reconoce abierta y directamente¹² al menos dos razones imperiosas de interés general válidas para justificar, juntas o por separado, tanto el establecimiento del régimen de autorización como su configuración concreta y las condiciones que en él se establecen: combatir la escasez estructural

¹⁰ CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL: (93)... *la libertad de empresa y el derecho a la propiedad van a ser analizados desde el punto de vista de la Directiva de servicios y de la libertad de establecimiento, ninguno de ellos es absoluto. Todo lo contrario: ambos pueden someterse a limitaciones. En particular, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo citada da muestra de una gran sabiduría al actuar con notable tacto respecto a las medidas nacionales relativas únicamente a la reglamentación del uso de los bienes (inmuebles). En otras palabras, siempre que la reglamentación del uso no constituya una restricción tan severa que, en la práctica, equivalga a la expropiación o depreciación de los bienes en sí, se permiten las restricciones de estos derechos, incluso de alcance sustancial.*

¹¹ “(88)... *La libertad de empresa no es una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad. Por lo tanto, la libertad de empresa puede estar sometida a un amplio abanico de intervenciones del poder público que establezcan limitaciones al ejercicio de la actividad económica en aras del interés general.*

(89) *El artículo 17 de la Carta es una disposición destinada a conferir derechos a los particulares. Sin embargo, el derecho de propiedad garantizado por ese artículo no tiene tampoco carácter absoluto y su ejercicio puede ser objeto de restricciones justificadas por objetivos de interés general perseguidos por la Unión”.*

¹² CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL: (100) *El artículo 4, punto 8, de la Directiva de servicios reconoce expresamente la protección del entorno urbano y los objetivos de la política social como razones imperiosas de interés general. Se trata de objetivos expresados en términos tan amplios que, ciertamente, pueden abarcar otros objetivos más específicos.*

(101) ... *el Tribunal de Justicia ha admitido una serie de posibles razones justificativas que son de relevancia para los presentes litigios. En particular, ha aceptado expresamente razones vinculadas a la política de vivienda dirigida a luchar contra la presión inmobiliaria. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha admitido los requisitos que garantizan una oferta de vivienda suficiente para determinadas categorías de la población local o los más desfavorecidos, y disposiciones nacionales dirigidas a preservar la habitabilidad del centro de la ciudad para una adecuada ordenación del territorio. El Tribunal de Justicia también ha tenido ya en cuenta «determinadas características que definen la situación del mercado nacional de que se trata en el asunto principal, como la escasez estructural de viviendas y una densidad de población especialmente alta».*

de vivienda y proteger el entorno urbano. Es más, su proclama es clara: *“(103) En definitiva, combatir la escasez de viviendas y tratar de garantizar la disponibilidad de un número suficiente de alojamientos (para largas estancias) asequibles (en particular, en grandes ciudades), así como la protección del entorno urbano, son justificaciones válidas para el establecimiento de regímenes de autorización basados en gran medida en la política social. De igual manera, estas razones pueden ser invocadas para justificar los criterios de un régimen de autorización”*.

B. El principio de proporcionalidad

Uno de los aspectos más destacables en este apartado es el referido a la preferencia por el ámbito local para determinar la proporcionalidad de tales medidas frente al establecimiento de regímenes nacionales.

Para la Comisión, los regímenes nacionales debían basarse en pruebas específicas relativas a la situación del mercado de la vivienda, mientras que para el Abogado General lo importante es el ámbito local: *“(112)...sin ánimo de subestimar la importancia de tales pruebas para las disposiciones nacionales, donde realmente son fundamentales es en el ámbito local, precisamente a efectos de encontrar una solución proporcionada a la luz de las circunstancias locales concretas”*.

“(121)... El hecho de que «la junta municipal [establezca], mediante acuerdo, las condiciones de concesión de las autorizaciones [...], a la luz de los objetivos de diversidad social, en función, en particular, de las características de los mercados de la vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de vivienda» pone de relieve la habilitación reconocida al ámbito local. La obligación de tener en cuenta las características particulares del mercado local de la vivienda parece poder garantizar que cada régimen de autorización se adapte a las circunstancias locales, de modo que, en teoría, no vaya más allá de lo necesario para luchar contra la escasez de viviendas”.

Todo ello indica que la opción de combinar medidas nacionales o regionales, como las referidas al establecimiento de estándares o reservas de viviendas para uso residencial permanente, con medidas específicas en el ámbito local¹³ impuestas a través de los diferentes instrumentos de planeamiento urbanístico, garantiza un mejor cumplimiento de los objetivos de garantizar una oferta de vivienda suficiente, preservar el mercado de alojamientos de larga duración y proteger la habitabilidad del centro de la ciudad, a la vez que resulta más proporcionado a las circunstancias concretas de la ciudad o zona objeto de esas limitaciones, no debiendo olvidar que, sin duda, habrá ciudades o regiones donde no sean necesarias tales limitaciones ya

¹³ CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL: (135) ... *la lógica general de un espectro de soluciones proporcionadas también sería válida en este caso, sobre todo a la hora de valorar la proporcionalidad de las condiciones concretas. Si no se deja suficiente margen de maniobra para elegir soluciones adecuadas a las circunstancias locales, podría llegar a impugnarse cualquiera de esas condiciones, pues todas ellas inevitablemente van a tener el resultado de perjudicar a alguien. Lo esencial es la justicia social general, así como la adopción de medidas no discriminatorias tras un proceso de decisión basado en hechos objetivos y en un procedimiento legislativo y deliberativo transparente desarrollado dentro de la comunidad afectada”*.

que no están en riesgo de afección ni el mercado de viviendas ni el entorno urbano. De ahí la necesidad de que los regímenes nacionales sean muy flexibles¹⁴ y se complementen con medidas regionales y/o locales. En este sentido, como profesional en el ámbito local no puedo dejar de reconocer y agradecer la invocación del Abogado General al necesario respeto de la autonomía local¹⁵:

En lo que respecta al examen de proporcionalidad referido a si los controles a posteriori no bastan para alcanzar el objetivo perseguido, las conclusiones son rotundamente favorables al establecimiento de un régimen de autorización: “(115) ...si el objetivo es preservar la disponibilidad de determinados bienes o servicios en un determinado mercado (el de los alojamientos de larga duración), distarían mucho de ser eficaces los controles a posteriori, con los que inevitablemente se comprobará que dichos bienes o servicios han salido del mercado para entrar en otro, aparentemente más rentable (el de los alojamientos de corta duración). Por lo tanto, si el objetivo es regular o evitar la salida del mercado, resultan indispensables las autorizaciones previas para salir de él”.

C. El principio de no discriminación

En el triple examen de compatibilidad del régimen de autorización con la Directiva de servicios este es el aspecto que menos controversia suscita, al menos hasta el momento, pues no han surgido apenas problemas de discriminación por razones de nacionalidad ni tampoco por otras razones, como las mencionadas en el artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

No obstante, no debe descartarse que a raíz del nuevo escenario jurisprudencial surjan algunos problemas de discriminación pues al avalarse la posibilidad de regímenes de autorización para el uso turístico de viviendas, éstos tenderán a proliferar para hacer frente a numerosas situaciones de conflicto en las que hasta ahora muchas administraciones habían permanecido pasivas ante la probabilidad de que sus iniciativas de intervención no superasen el oportuno examen judicial. En ese

¹⁴ La flexibilidad se refiere también a los diferentes tipos de medidas a adoptar, que no necesariamente pasan por establecer un régimen de autorización: “CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL: (118) Es cierto que, aparte del establecimiento de un régimen de autorización, hay otras varias medidas que también contribuirían a alcanzar el objetivo perseguido por la legislación nacional. Una ciudad que sufre la carencia de alojamientos de larga estancia debido al arrendamiento de inmuebles amueblados durante breves períodos de tiempo podría optar por exigir un impuesto a los propietarios de los inmuebles arrendados por pocos días o semanas, o bien imponer un número máximo de pernoctaciones al año, o un porcentaje máximo de inmuebles que se puedan arrendar durante breves estancias, etc”.

¹⁵ “(136) Conforme a este marco, la diversidad local en cuanto a las condiciones específicas de autorización no solo es lícita, sino que es deseable. Si se admite que en el ámbito local se adopten normas y se concreten las condiciones de los regímenes de autorización, es probable que la proporcionalidad de estas normas dependa de que se tengan en cuenta o no las circunstancias y particularidades locales. Es cierto, sin duda, que estas divergencias locales generarán diferencias dentro de un mismo Estado miembro en cuanto al acceso y a los regímenes localmente aplicables, una idea que a la Comisión, en particular, le generó cierta inquietud en la vista oral. No obstante, este es el precio inevitable de tener una Unión que respeta la autonomía local y regional en sus Estados miembros, ...

sentido, es necesario tener presente lo que se apunta en las Conclusiones respecto de aquellos casos, que serán los más abundantes, en que el número de autorizaciones esté limitado: *“(95)... los casos en que la libertad de empresa no se limita para todo el mundo de la misma manera, en aras de un interés social o comunitario, revisten una mayor complejidad a la hora de alcanzar el equilibrio general. En tales casos, se permite a algunas personas desarrollar libremente la actividad que desean y, a otras, no. Los derechos e intereses de los potenciales prestadores de algunos servicios se sopesan (y, en su caso, se ven limitados) no solo en relación con los intereses sociales de la comunidad, sino también, en la dimensión horizontal, en relación con exactamente los mismos derechos de otras personas. De este modo, la libertad de una persona para prestar un servicio compite con el interés de otras que desean prestar ese mismo servicio. En un mundo de recursos, capacidades y autorizaciones limitados, el precio de conceder acceso a una persona con frecuencia puede ser denegárselo a su vecino”*.

Lo que quiero señalar aquí es que tal vez algunas administraciones pretendan hacer valer cláusulas de arraigo que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico, en cuyo caso habrá que recordarles que se considera contraria a Derecho no sólo la exigencia de que el domicilio social o establecimiento se encuentre en una determinada zona geográfica sino también la exigencia de que disponga de un establecimiento físico en su territorio, requisitos prohibidos, entre otros, por el artículo 14 de la Directiva. Para resolver esos supuestos en que resulte obligada la selección entre varios candidatos, bastará con acudir a la propia Directiva de Servicios (artículo 12) y sus normas de transposición.

II. EL AVAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE A LA INTERVENCIÓN URBANÍSTICA SOBRE EL USO TURÍSTICO DE VIVIENDAS: LA SENTENCIA DE 22/9/2020, CALI APARTMENTS Y HX (C-724/18 Y C-727/18)

El Tribunal de Justicia, siguiendo la línea marcada por el Abogado General, proclama que estamos en presencia de un servicio que entraría en la categoría de los servicios relacionados con los inmuebles, así como los relacionados con el turismo.

Igualmente, el Tribunal de Justicia suscribe la tesis de que en ningún modo se trata de una normativa excluida del ámbito de aplicación de dicha Directiva, y respecto del controvertido considerando 9 de la Directiva, concluye que *“(44)... en la medida en que la referida normativa regula el acceso a determinadas formas específicas de actividades de arrendamiento de inmuebles y el ejercicio de esas actividades, no constituye una normativa aplicable indistintamente en materia de ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural y, por tanto, no puede quedar excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123”*. Por lo

tanto, no ha lugar a dudar de que la normativa que regula actividad de arrendamiento de viviendas para uso turístico está sometida a la Directiva 2006/123.

Del mismo modo, se deja sentado que una normativa nacional que supedita a autorización previa el ejercicio de determinadas actividades de arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda para un uso turístico está comprendida en el concepto de «régimen de autorización».

Respecto del cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de necesidad, según determina el Tribunal de Justicia, constituye una razón imperiosa de interés general en el sentido del Derecho de la Unión y, en particular, de la Directiva 2006/123, *“establecer un mecanismo de lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento, con los objetivos de dar respuesta al deterioro de las condiciones de acceso a la vivienda y al aumento de las tensiones en los mercados inmobiliarios, en particular regulando las disfunciones del mercado, de proteger a los propietarios y a los arrendatarios y de permitir el incremento de la oferta de viviendas en condiciones respetuosas de los equilibrios de los territorios, en la medida en que la vivienda es un bien de primera necesidad y el derecho a una vivienda digna constituye un objetivo protegido. Es más, insiste en ello proclamando que “... el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que las exigencias de la política de vivienda de protección oficial y de lucha contra la presión inmobiliaria, en particular cuando un mercado concreto experimenta una escasez estructural de viviendas y una densidad de población especialmente alta, pueden constituir razones imperiosas de interés general (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 1 de octubre de 2009, *Woningstichting Sint Servatius*, C567/07, EU:C:2009:593, apartado 30, y de 8 de mayo de 2013, *Libert y otros*, C197/11 y C203/11, EU:C:2013:288, apartados 50 a 52)”*.

En lo que se refiere al principio de proporcionalidad, destaca asimismo el Tribunal de Justicia que la normativa francesa encaja en la Directiva por la importancia de que no se trata de un régimen de autorización de aplicación general, *“sino de un alcance geográfico restringido, referido a un número limitado de municipios densamente poblados que experimentan tensiones en el mercado del arrendamiento de inmuebles de uso como vivienda habitual a resultas del desarrollo del arrendamiento de inmuebles amueblados con finalidad turística”*. No cabrían, por lo tanto, regímenes de autorización territorialmente genéricos o indiscriminados, sino debidamente delimitados en función de circunstancias objetivas que justifiquen aquellos¹⁶ o, como señala la sentencia, se trata de regímenes adoptados a nivel nacional (o autonómico en nuestro caso) que delimitan las reglas

¹⁶ Literalmente lo indica la propia Sentencia: (73) *Además, esa misma normativa procede a establecer un régimen de autorización que no es de aplicación general, sino de un alcance geográfico restringido, referido a un número limitado de municipios densamente poblados que, tal como se desprende de varios documentos aportados al Tribunal de Justicia por el Gobierno francés, entre los que encuentra el estudio mencionado en el apartado 69 de la presente sentencia, experimentan tensiones en el mercado del arrendamiento de inmuebles de uso como vivienda a resultas del desarrollo del arrendamiento de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuado de forma reiterada y durante breves periodos de tiempo.*

de determinación a nivel local de las condiciones de concesión de las autorizaciones: “(80)...el legislador nacional ha procurado obligar a las autoridades locales a perseguir tal razón en la aplicación concreta de la normativa nacional, insistiendo en el objetivo de diversidad social y en la necesidad de tomar en consideración, a efectos de esa aplicación, las características de los mercados de la vivienda, y la de no agravar la escasez de viviendas”.

Se asume por el Tribunal de Justicia la necesidad de una intervención a priori, puesto que “(74)...el recurso a un sistema de declaración acompañado de sanciones no podría alcanzar eficazmente el objetivo de luchar contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento a largo plazo. En efecto, al facultar a las autoridades locales para intervenir únicamente a posteriori, tal sistema no permitiría frenar de manera inmediata y eficaz el movimiento de transformación rápida que genera esa escasez”.

Por lo tanto, una normativa nacional que, en aras de garantizar una oferta suficiente de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración a precios asequibles, somete determinadas actividades de arrendamiento a un régimen de autorización previa aplicable en determinados municipios en los que la tensión sobre los arrendamientos es particularmente acusada, está justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento, y es proporcionada al objetivo perseguido, dado que éste no puede alcanzarse con una medida menos restrictiva, en particular porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

Las mismas conclusiones establecidas sobre la necesidad y proporcionalidad del régimen de autorización se alcanzan respecto de los criterios de autorización.

A la vista de lo expuesto, la declaración del Tribunal es clara y viene a arrojar luz sobre esta cuestión tan controvertida por sus enormes repercusiones sociales, económicas, urbanísticas, culturales, etc.:

“1) Los artículos 1 y 2 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, deben interpretarse en el sentido de que tal Directiva se aplica a una normativa de un Estado miembro relativa a actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuadas de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo, tanto con carácter profesional como no profesional.

2) El artículo 4 de la Directiva 2006/123 debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que supedita a autorización previa el ejercicio de determinadas actividades de arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda está comprendida en el concepto de «régimen de autorización», en el sentido del punto 6 de ese artículo.

3) El artículo 9, apartado 1, letras b) y c), de la Directiva 2006/123 debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que, en aras de garantizar una oferta suficiente de

viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración a precios asequibles, somete determinadas actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuadas de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo, a un régimen de autorización previa aplicable en determinados municipios en los que la tensión sobre los arrendamientos es particularmente acusada está justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento y es proporcionada al objetivo perseguido, dado que este no puede alcanzarse con una medida menos restrictiva, en particular porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

4) El artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2006/123 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional por la que se establece un régimen que supedita a autorización previa el ejercicio de determinadas actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda, que se basa en criterios como que el inmueble en cuestión se arrienda «de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo a clientes de paso que no fijan en él su domicilio» y que encomienda a las autoridades locales la facultad de precisar, en el marco fijado por dicha normativa, las condiciones de concesión de las autorizaciones previstas por tal régimen, a la vista de objetivos de diversidad social y en función de las características de los mercados locales de la vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de viviendas, acompañándolas, si fuera necesario, de una obligación de compensación en forma de transformación accesorias y concomitante en viviendas de inmuebles con otro uso, siempre que tales condiciones de concesión sean conformes con los requisitos establecidos por esa disposición y que tal obligación pueda satisfacerse en condiciones transparentes y accesibles.

III. LA INMEDIATA “TRANSPOSICIÓN” POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE

Menos de dos meses después del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la UE el Tribunal Supremo emite la primera de varias sentencias que recogen la doctrina establecida por aquel como expresamente señala el Fundamento de Derecho octavo de la sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo nº 1550/2020 de 19/11/2020, delimitando las consecuencias prácticas de dicha doctrina en el ámbito urbanístico español.

Lo primero que debe destacarse de esta primera sentencia es la clara determinación del objeto del recurso de casación¹⁷ y, en consecuencia, la diáfana delimitación de la doctrina establecida, y ello porque la sentencia aborda directamente la capacidad de los instrumentos de ordenación urbanística para regular e intervenir

¹⁷ Por haberlo así dispuesto el Auto de la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:12851A)

sobre el uso turístico de viviendas: “... la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar el alcance de la potestad de planeamiento de los Ayuntamientos en orden a la regulación del uso de alojamientos turísticos -singularmente viviendas de uso turístico- en los planes generales de ordenación urbana, cuando el ejercicio de dicha potestad incide -desde una perspectiva restrictiva en el ámbito de la libertad de empresa y la libre prestación de servicios por parte de los operadores/propietarios de viviendas destinadas a ese uso turístico”.

Tal y como destaca la propia sentencia (FD cuarto), se trata de afrontar el problema desde una perspectiva diferente, la propiamente urbanística, puesto que “Es cierto que la Sala ya se ha enfrentado con planteamientos similares ---si bien en relación con normas reglamentarias autonómicas---, en las que se ha procedido a la regulación, no tanto, de aspectos urbanísticos como el presente, sino, más bien, turísticos o relacionados con las características de las viviendas”.

No menos importante es recordar que la recurrente es ni más ni menos que la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia cuya posición al respecto es bien conocida y que se condensa en “(FD tercero)... lo que considera el sentido del presente recurso, que no es otro, según expone, que precisar “el alcance de la potestad de planeamiento de las Corporaciones Locales en orden a la restricción de la libre prestación del servicio de alojamiento turístico por parte de los propietarios”, es decir, que parte de la idea de que el propietario puede libremente destinar su vivienda a un uso turístico y que el planeamiento urbanístico lo que busca es “restringir” ese derecho preexistente a la libre prestación del servicio de alojamiento turístico en su vivienda.

Además, la sentencia (FD tercero) identifica perfectamente las normas jurídicas en torno a las cuales se debe centrar el debate de la cuestión: artículos 38 de la Constitución (libertad de empresa en el marco de la economía de mercado); 5 (principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes) y 17.4 (minimización las cargas administrativas soportadas por los operadores económicos) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado; y 3.11 (concepto de razón imperiosa de interés general) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

No obstante lo indicado en el párrafo anterior, la sentencia, antes de entrar en el examen de adecuación de las Normas del PGOU de Bilbao a aquellos preceptos, que pretende justificarse en “(FD séptimo) los conceptos de “protección de los derechos” ---con referencia específica al derecho a la vivienda---, así como en el de “la protección del medio ambiente y del entorno urbano”, dedica un amplio espacio a la tarea de dejar constancia de los posicionamientos jurisprudenciales en relación con los límites de la potestad de planeamiento, cuestión respecto de la cual volveremos más adelante, llegando final-

mente a sintetizar de forma tajante la posición jurisprudencial con dos afirmaciones contundentes obrantes en dos párrafos consecutivos de su FD sexto:

“Todo ello nos conduce a afirmar que la intervención normativa municipal, en uso y ejecución de las competencias urbanísticas que le son propias, no puede ofrecer dudas, pues, en realidad, el problema que en el fondo se suscita ---en el que pueden destacarse, sin duda, aspectos positivos, pero, al mismo tiempo, consecuencias negativas--- se trata de un problema jurídico de proporcionalidad, en el marco de una muy dispersa y variada normativa estatal y autonómica ---en modo alguno armonizada--- producida en la ámbito diseñado por las disposiciones europeas: Fundamentalmente la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior, así como la Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 2 de junio de 2016 (A European agenda for the collaborative economy).

Todo ello nos conduce a confirmar la posibilidad ---y la necesidad--- de intervención municipal en la materia, en uso y ejercicio de la potestad de planeamiento, que cuenta con un claro respaldo y legitimación democrática, y que, además, se nos presenta como realizada por la Administración más cercana al ciudadano, y articulada con un mayor grado de participación y conocimiento de la concreta realidad local”.

1. La clara distinción entre el uso residencial de una vivienda (estable, habitual o permanente) y el uso equipamental (turístico) de una vivienda (transitorio y circunstancial)

La STS acoge la argumentación de la Sala de instancia para distinguir claramente un uso residencial de un uso equipamental y ello porque el uso residencial, según lo establecido por el PGOU del Bilbao, se caracteriza por desarrollarse “en los edificios destinados al alojamiento estable y permanente de las personas”, sin que estas características de estabilidad y permanencia pueda predicarse de los ocupantes de las VUT, que son consideradas y definidas por las Normas del PGOU “como viviendas que se ofrecen o comercializan como alojamiento temporal por motivos turísticos o vacacionales”.

Por eso las VUT se califican como uso equipamental pues cuenta con una connotación distinta, ya que, según se expresa, el mismo “comprende las actividades destinadas a dotar al ciudadano de los servicios necesarios para su esparcimiento, educación, enriquecimiento cultural, salud, asistencia, bienestar y mejora de la calidad de vida.”

La STS acepta claramente esa distinción de usos para destacar que “...Coincidimos con la acertada apreciación de la sentencia de instancia en el sentido de que el uso residencial coincide con el de un lugar destinado a la satisfacción del derecho a la vivienda ---en un entorno urbano, añadimos, digno de especial protección---, mientras que un uso equipamental, como el decidido por el Ayuntamiento de Bilbao para las VUT, constituye un entorno, también urbano, pero

en el que lo esencial es la prestación en el mismo de otros tipos de servicios para la población, y en el que la residencia se corresponde con necesidades alojativas circunstanciales”.

No parece, pues, haber lugar a discusión alguna respecto de que trata de dos usos totalmente distintos de un inmueble, que tienen requerimientos propios totalmente diferentes y que, por lo tanto, no pueden desarrollarse indistintamente ni en las mismas circunstancias de entorno urbano: *“la calificación ---desde una perspectiva urbanística--- de las VUT como una actividad de equipamiento ---impidiendo su consideración urbanística como estrictamente residencial--- se nos presenta como razonable...”.*

2. La protección del “derecho a la vivienda”, digna y adecuada, y del “entorno urbano” como razón imperiosa de interés general y título habilitante para la intervención municipal en uso de la potestad de planeamiento

Se reconocen e identifican claramente por el Tribunal Supremo¹⁸ dos razones imperiosas de interés general: la protección del derecho a la vivienda y la protección entorno urbano. Pero además, esas dos razones imperiosas de interés general legitiman la intervención municipal sobre la implantación de viviendas turísticas en uso de la potestad de planeamiento: *“Se trata, sin duda, de dos conceptos ---los citados--- que habilitan la citada intervención municipal, en uso de la potestad de planeamiento, incluso en el marco de la citada Directiva de Servicios y de la normativa interna española que se ha considerado con infringida, pues tales conceptos permiten, sin duda, entender que nos encontramos ---en supuestos como el de autos--- ante “una razón imperiosa de interés general” que habilitaba, a la Administración local, para someter a las VUT de referencia, a una calificación o régimen de usos urbanística, como el contenido en la Modificación del PGOUB, que no va encaminado ---en modo alguno--- a la exclusión de la normativa europea y española sobre competencia, sino, más al contrario, a posibilitar la efectiva conciliación, de la citada y lícita actividad económica del alquiler vacacional, con la organización del régimen interno de la ciudad, posibilitando la convivencia residencial estable y*

¹⁸ En concreto en el FD noveno de la STS 1550/2020, se señala respecto de este “novedoso tipo de viviendas turísticas” (en expresión del TS), las consecuencias que está acarreado en el mercado de vivienda: *“... , la sentencia reconoce que este tipo de alquileres está produciendo una afectación al derecho a la vivienda, llegando a la conclusión de que tal situación no se puede “dejar en manos del mercado ... al libre albedrío de los propietarios de las viviendas ... puesto que ello puede poner en peligro el derecho a la vivienda de los ciudadanos, ya sea por la insuficiencia del parque residencial resultante, por el encarecimiento de los arrendamientos con una finalidad residencial”.*

La consecuencia de todo ello es el de la legitimación ---incluso obligación--- del planificador urbanístico municipal para “promover la ordenación urbanística necesaria que concilie la satisfacción del derecho a la vivienda con el destino de determinadas viviendas al alojamiento turístico”.

...es evidente que nos encontramos ante un supuesto en el que la intervención normativa municipal estaba más que legitimada por cuanto tal intervención ---ubicando la VUT en el ámbito urbanístico equipamental de la ciudad de Bilbao--- iba claramente, y sin duda, dirigida a la protección del “derecho a la vivienda”, digna y adecuada, en los términos requeridos por la Constitución española así como al control --- evitando el deterioro--- del denominado, por la Directiva de Servicios, , “entorno urbano”.

habitual con una actividad caracterizada por su transitoriedad y falta de permanencia, al responder a circunstanciales necesidades alojativas”.

A juicio del Tribunal Supremo se ha acreditado el escrupuloso respecto al principio de necesidad en los términos establecidos por la propia la Directiva de Servicios, pero debe destacarse el énfasis que pone el TS en la importancia de que queden acreditadas en el propio instrumento de ordenación las razones que avalan la necesidad de la intervención, que a su vez permiten acreditar el cumplimiento de los demás criterios impuesto por la Directiva de Servicios: *“En ese marco, la calificación ---desde una perspectiva urbanística--- de las VUT como una actividad de equipamiento ---impidiendo su consideración urbanística como estrictamente residencial--- se nos presenta como razonable y, sobre todo, suficientemente motivado por el Ayuntamiento de Bilbao, que respeta, con su actuación ---y con la justificación que ofrece de su norma reglamentaria--- los ya más que conocidos criterios de proporcionalidad, claridad, objetividad, antelación, transparencia y accesibilidad, previstos en la Directiva de Servicios”.*

Debe insistirse en que los propios instrumentos de ordenación urbanística han de llevar a cabo su autoevaluación de proporcionalidad y no discriminación, y su resultado debe quedar reflejado y acreditado en la propia documentación de los planes correspondientes, de tal modo que ante su posible impugnación jurisdiccional pueda acreditarse que la actuación está suficientemente y justificada, es decir, en palabras del propio TS *“resulta inexcusable que se motiven de forma congruente y razonable las limitaciones o restricciones que se impongan a la libre prestación de servicios”*¹⁹.

3. La intervención municipal en uso de la potestad de intervención y protección de la legalidad urbanística

El tercer aspecto relevante que es objeto de examen por parte de la STS 1550/2020 es el relativo a la intervención municipal a través de las potestades de disciplina urbanística, concepto hoy sustituido por el de intervención y protección de la legalidad urbanística, entre las que se incluiría la exigencia de un *“informe urbanístico de conformidad”*.

¹⁹ El TS aclara y matiza esa exigencia en su STS de 02/06/2021 núm. 779/2021(RQJ): STS 2337/2021): FD QUINTO: *“... si las determinaciones que establece el Plan Especial ciertamente que requieren una motivación, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia de este Tribunal, es lo cierto que esa motivación debe estar en la Memoria, que es un documento preceptivo en la elaboración de los planes. No se puede pretender que los planes de urbanismo, y es la última consecuencia de los argumentos del escrito de interposición, contengan una específica y concreta motivación de todas y cada una de las determinaciones que en los mismos se contiene, pretendiendo que se “motive” y justifique por qué un concreto solar tiene una edificabilidad o un uso determinado. O, por utilizar como ejemplo algunas de las argumentaciones del escrito de interposición, no puede pretenderse, una vez establecida la finalidad de la normativa que contiene el Plan, las razones por las que se “regula” una concreta densidad máxima de viviendas de estos usos en la Zona a que se refieren los preceptos cuestionados (ZE-01).*

La situación planteada es la de una doble intervención: por un lado, la Ley de Turismo de Euskadi condiciona el inicio de la actividad de arrendamiento de VUT a una declaración responsable (“*mecanismo de intervención de la Administración distinto al régimen de autorización*” según indica la sentencia de instancia) y por otro la exigencia de un “informe urbanístico de conformidad” (*que opera como mecanismo de intervención autorizatorio, a modo semejante a la licencia, también según indica la sentencia de instancia*) por la Modificación del PGOUB.

Podría incluso plantearse si no se está en presencia de una triple intervención, pues como recuerdan ambas sentencias, el artículo 207.1.r) Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo y Urbanismo del País Vasco, establece la necesidad de licencia urbanística, sin perjuicio de otras autorizaciones impuestas por las normas sectoriales, para “[l]a primera utilización de las obras o partes de ellas, así como su modificación y el cambio, total o parcial, de usos de la edificación”. Pero para la STS no hay esa triple intervención porque considera que el PGOUB lo que hace es, “*minimiza[r] el mandato de la legislación urbanística ---al exigir tan sólo un informe de conformidad--- en línea con lo previsto en el artículo 17.4 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la unidad de mercado*”, y por lo tanto no se exigiría la licencia de cambio de uso, que sería sustituida por ese informe de conformidad.

El TS avala la decisión de TSJPV y, en consecuencia, la legalidad de tal doble exigencia, y lo hace apelando al “...*diferente ámbito competencial conforme al que actúan ambas Administraciones, en sus respectivas normas, legal y reglamentaria: regulación turística, la autonómica, y urbanística, la local*”. En base a ello considera el TS que “*Acierta, pues, la Sala de instancia cuando acepta como compatible ambas exigencias; esto es, la declaración responsable, desde una perspectiva autonómica y turística, y el informe de conformidad, desde una perspectiva municipal y urbanística*²⁰”.

Lo relevante aquí es que para la STS la finalidad del informe de conformidad es exclusivamente urbanística y ajena a cualquier cuestión propiamente turística: “*Pero, lo que, realmente, se pretende, con la exigencia del informe urbanístico, es la constancia de que ---desde las previsiones normativas establecidas por el planeamiento urbanístico municipal---, resulta posible la puesta en alquiler de una VUT, en un lugar determinado del término municipal y en las condiciones exigidas por el planeamiento; en concreto, y por lo que al supuesto del caso nos*

²⁰ Dicho pronunciamiento sigue la línea marcada por la STJUE, pues el supuesto al que se enfrentó el TJUE también contemplaba una doble intervención, turística y urbanística, que no es puesta en duda por el TJUE, y que eran, respectivamente, las siguientes:

· Turística: declaración con carácter previo ante el alcalde del municipio en el que esté ubicado el establecimiento correspondiente conforme al artículo L. 3241-1 del Code du tourisme (Código de Turismo)

· Urbanística: autorización previa para el cambio de uso de los inmuebles destinados a vivienda en las condiciones previstas en el artículo L. 6317-1 del Code de la construction et de l’habitation (Código de la Construcción y de la Vivienda), en los municipios de más de 200 000 habitantes.

ocupa, con el informe urbanístico, en realidad, se pretende determinar si ---entre otros extremos--- la VUT resulta conforme con el uso turístico de la vivienda previsto en el planeamiento urbanístico...”

Por todo ello, el criterio interpretativo del Tribunal Supremo es avalar la posibilidad de intervención municipal a través de un mecanismo de intervención previa: *“No existe, pues, con la exigencia de un informe urbanístico de conformidad, vulneración de los artículos 5 y 17.4 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la unidad de mercado ni del 3.11 de la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios”*.

IV. LA INTEGRACIÓN DEL USO TURÍSTICO DE VIVIENDAS EN LAS BASES DE LA ORDENACIÓN URBANA

1. La indisponible sostenibilidad de un sistema urbano integral

Una vez despejada jurisprudencialmente la legitimación de la intervención urbanística, por diversas vías, sobre el uso turístico de las viviendas, es necesario profundizar en el correcto modo de llevar a cabo dicha intervención, desde una perspectiva tanto doctrinal como normativa.

El objetivo a conseguir con esa intervención a través del planeamiento urbanístico es claro y sólo puede ser uno: el desarrollo urbanístico sostenible²¹.

Desde la perspectiva de ese objetivo final, para entender correctamente el modo de actuar que aquí se expone, parece necesario hacer una primera referencia a dos nociones básicas, que eran perfectamente definidas por el profesor Porto²², en un contexto económico y social muy diferente del actual. La primera de ellas refiere a “la urbanística”, respecto de la cual señalaba que *“De los distintos conceptos habidos a lo largo de la historia, la acepción que sitúa a la Urbanística en su sentido más actual es aquella que concibe a la Sociedad y al medio en el que tienen lugar sus actividades como un sistema de comportamiento holístico. Responde a una concepción comprensiva global o integral del fenómeno urbano,*

²¹ Son múltiples las definiciones de desarrollo urbanístico sostenible contenidas en nuestras legislaciones urbanísticas, pero en este caso tomaremos como referencia la catalana de su Texto Refundido de la Ley de urbanismo aprobado por Decreto legislativo 1/2013, de 3 de agosto (art.3): *“El desarrollo urbanístico sostenible se define como la utilización racional del territorio y el medio ambiente y comporta combinar las necesidades de crecimiento con la preservación de los recursos naturales y de los valores paisajísticos, arqueológicos, históricos y culturales, a fin de garantizar la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras.*

El desarrollo urbanístico sostenible, dado que el suelo es un recurso limitado, comporta también la configuración de modelos de ocupación del suelo que eviten la dispersión en el territorio, favorezcan la cohesión social, consideren la rehabilitación y la renovación en suelo urbano, atiendan la preservación y la mejora de los sistemas de vida tradicionales en las áreas rurales y consoliden un modelo de territorio globalmente eficiente...”

²² PORTO REY, E., La ordenación urbana y las figuras de planeamiento, en Curso básico de planeamiento y gestión. Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid. (1987), p. 23.

interrelacionado con su propio medio físico. Desborda por tanto concepciones temáticas parciales provenientes de diferentes disciplinas relacionadas con estudios sectoriales del fenómeno urbano o descripciones del medio natural o cultural o simplemente de la territorialización de las actividades humanas”.

En la actualidad este es el enfoque que preside la Estrategia de desarrollo urbano sostenible integrado promovido por la Unión Europea en el marco de la política de cohesión 2014-2020, señalando²³ a tal efecto que: *“Cada vez es más evidente que los distintos retos a los que se enfrentan las zonas urbanas – económicos, medioambientales, climáticos, sociales y demográficos – están interrelacionados y el éxito del desarrollo urbano solo puede lograrse a través de un enfoque integrado. De ahí que las medidas que atañen a la renovación física de las ciudades deban combinarse con medidas que promuevan la educación, el desarrollo económico, la inclusión social y la protección del medio ambiente. El desarrollo de una sólida cooperación entre los ciudadanos locales, la sociedad civil, la economía local y los diversos estamentos gubernamentales constituye un elemento indispensable”.*

Ese enfoque integrado y global de la ciudad impide la introducción de forma espontánea, unilateral y arbitraria de un uso terciario, el turístico, en edificaciones y zonas que inicialmente fueron proyectadas para un uso residencial permanente o habitual, pues de ese modo se rompe el equilibrio de usos proyectado desde el planeamiento urbanístico, es decir, en palabras más contundentes de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia de 15 de julio de 2019, *“... no cabe entender que el uso de alojamientos turísticos amparado por la Directiva 2006/123/CE lo vaya a ser a conveniencia del titular de una vivienda y en cualquier ubicación urbanística, sea cual sea la clasificación o calificación urbanística del suelo”.*

Insistiendo en la idea antes expresada, si la Directiva de servicios excluye de su ámbito de aplicación el urbanismo y la ordenación del territorio, no puede pretenderse que la Directiva haya operado de facto una modificación en el régimen de usos previstos por el planeamiento, habilitando automáticamente el uso turístico de viviendas y, por añadidura, ya metidos en faena, si se permite la expresión, cualquier uso terciario o de servicios en cualquier inmueble al margen de la ordenación por menorizada de usos vigente.

En ese sentido hay que recordar nuevamente las palabras del Tribunal Supremo, Sentencia de 13 febrero 1992, recurso núm. 4101/1990: *“...el plan, elemento fundamental de nuestro ordenamiento urbanístico, dibuja el modelo territorial que se entiende, dentro de lo hacedero, más adecuado para el desarrollo de la personalidad y la convivencia. Corresponde a la Administración con una intensa participación ciudadana para asegurar su legitimación democrática, el trazado de dicho modelo atendiendo a las exigencias del interés público: la ciudad es de todos*

²³ http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/urban_es.pdf

y por tanto es el interés de la comunidad y no el de unos pocos, los propietarios del suelo, el que ha de determinar su configuración”.

Es importante señalar que definir el modelo territorial a través del plan, desde esa perspectiva integral y global, es una tarea muy compleja y especializada, para la cual ha de hacerse uso de la ciencia urbanística, que ni siquiera es patrimonio exclusivo de una profesión, sino que necesita de la participación de profesionales de múltiples ramas del conocimiento, para asegurar un resultado equilibrado y acertado, como reiteradamente señala el TS²⁴, con lo cual carecen de sentido aquellas posiciones jurídicas que proponen aceptar sin más la introducción de cambios masivos de usos en la ciudad al margen de cualquier criterio verdaderamente urbanístico, en el más amplio sentido, derivados de un razonamiento tan nimio como que no pueden establecerse barreras o restricciones al establecimiento de nuevos operadores turísticos en perjuicio de consumidores y usuarios pues, como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que se acaba de citar “...sin que la tan citada directiva pueda derogar o sustituir las disposiciones urbanísticas al albur de una interpretación maximalista y literal de sus disposiciones...”:

La segunda referencia del profesor Porto (1987:24) era la relativa a “la ordenación urbana”, cuando señalaba que *“Para facilitar el desenvolvimiento y territorialización de las actividades humanas, los objetos y sujetos que componen el sistema urbano han de estar ordenados, es decir, dispuestos y relacionados entre sí de manera óptima, entendiendo por óptima, aquella posible alternativa que maximiza el bienestar y el bienestar social, según el modelo de Sociedad elegido. La referencia a este nuevo concepto implica la introducción de un criterio subjetivo de naturaleza política que, por ser un juicio previo, necesita su fijación o definición por la colectividad en cada caso (participación ciudadana).*

Si el sistema urbano fuese estático, la Ordenación Urbana consistiría en la acción de ordenar de manera óptima, en un momento dado, los objetos y sujetos que lo constituyen. Pero el sistema urbano no es estático, sino en constante evolución y, consiguientemente, la Ordenación Urbana ha de ser fundamentalmente prospectiva, es decir, orientada a dirigir interviniendo en la evolución del sistema y no tan solo en su realidad inmediata”.

El Tribunal Supremo alude también a esa constante evolución del fenómeno urbano, e incluso en la propia STS 1550/2020 incluye una expresa referencia a esa

²⁴ Sentencia de 2 abril 1982, RJ 1982\2382: “...es de común aceptación el que la ciencia del urbanismo es esencialmente interdisciplinar por confluir en ella conocimientos procedentes de las más variadas ramas del saber humano hasta el punto de que se considera ideal deseable que dicha actividad sea realizada por un conjunto de profesionales -arquitectos, ingenieros, juristas, sociólogos, geógrafos, artistas, etc.- que, sin orden de preferencia y bajo una dirección unitaria, colaboren en equipo aportando los conocimientos propios de sus respectivas especialidades y ello pone de manifiesto que la ciencia urbanística, en su estado actual, sobrepasa el ámbito específico de las titulaciones tradicionales hasta el extremo de haber dado lugar a la nueva figura profesional del urbanista con la consecuencia de que en principio no pueda adjudicarse de manera singularizada el patrimonio de una competencia exclusiva a ninguna de dichas profesiones tradicionales. ...”.

permanente necesidad de adaptación del planeamiento urbanístico a la realidad cambiante: “(...) *Y ello es así pues una concepción totalmente estática del urbanismo, en vez de dinámica y respetuosa con las futuras necesidades y conveniencias podría llevar a la negación del mismo, perpetuando ordenaciones obsoletas, erróneas o incluso perjudiciales al interés público y privado.*”

(...)“*Más en concreto, en la STS de 20 de abril de 2011... declaramos: “La potestad para establecer, reformar o cambiar la planificación urbanística no es sólo una potestad, sino que constituye, además, un deber administrativo de inexorable cumplimiento cuando las circunstancias del caso lo exijan,...*”.

Prueba fehaciente de ese dinamismo del sistema urbano es precisamente la irrupción del fenómeno del uso turístico intensivo de las viviendas, que ha dado lugar a fenómenos nuevos como la gentrificación²⁵ y la turistificación²⁶, que demandan adecuada respuesta de los poderes públicos y, por supuesto, del urbanismo a través del planeamiento, a cuyos efectos se hacen múltiples referencias, aludiendo por ejemplo a las secuelas del fenómeno en lo que atañe a la convivencia ciudadana o deterioro de la convivencia vecinal, a la masificación, sobreuso y degradación del espacio público, a la seguridad de personas y bienes, o al encarecimiento del alquiler ordinario en los centros urbanos en perjuicio de los residentes de condición más humilde, puestos en la tesitura de tener que desplazar sus vidas al extrarradio, la pérdida de identidad de los barrios, la conversión del centro de las ciudades en un parque temático, etc²⁷.

²⁵ ARROYO ALBA, M. Acceso a la vivienda en contextos de gentrificación y turistificación urbana, en *Tendencias sociales, Revista de sociología UNED*,4 (2019), p. 86. Desde una perspectiva sociológica, Arroyo describe el fenómeno destacando que “... *A grandes rasgos podemos definir la gentrificación como la «transformación de un área de clase trabajadora de la ciudad en una zona de clase media, para su uso residencial y comercial», teniendo lugar estos procesos en «áreas urbanas en la que la desinversión previa en infraestructuras ha generado vecindarios cuya renovación puede resultar muy lucrativa» (Sequera, 2015: 2). En lo que nos compete, el desplazamiento directo o indirecto de población como consecuencia del proceso se convierte en una característica fundamental para definirlo y describirlo. Si bien en cada territorio nos encontramos con características y elementos propios que lo distinguen, podemos encontrar patrones comunes y describir el proceso —clásico— de gentrificación en cinco fases: «abandono», «estigma», «regeneración», «mercantilización» y «resistencias» (Sorando y Ardura, 2016)”.*

²⁶ ESPINAR CORTÉS, E. Gentrificación y turistificación. Universitat de les Illes Balears (2018), p. 13. Espinar recoge en su trabajo una interesante definición: “*La turistificación es entendida como el concepto que se refiere al impacto que tiene sobre una comunidad local que la oferta, las instalaciones y los servicios del espacio se dirijan a cubrir las necesidades del turista en lugar de las necesidades de la población fija. Es decir, si en la gentrificación hablábamos de desplazar a una clase social en detrimento de otra; en la turistificación hablamos de desplazar a prácticamente todos los residentes de un espacio de gran interés turístico para satisfacer las necesidades de los turistas”, debiendo destacar que en este caso su conclusión respecto del fenómeno, al que también identifica como gentrificación 2.0, es claramente negativa: “... se puede concluir que la turistificación tiene más efectos negativos que positivos y es diferente de la gentrificación porque la gentrificación es inclusiva con la población residente, y al final, mejora la calidad del general de la población de la zona, pero la turistificación acelera el incremento del precio del alquiler, el cambio demográfico y crea tensiones vecinales que en muchos casos, pueden acabar por donde no debieran”.*

²⁷ No obstante, la visión del fenómeno de la gentrificación no es unánimemente negativa, sino que incluso se apunta como generadora de múltiples efectos positivos, como destaca, en este caso desde una visión académica turística Espinar (2018:11). “*La gentrificación ha sido vista desde sus inicios como un fenómeno*

En todo caso, lo que es indiscutible es la obligada intervención del planeamiento urbanístico para encauzar adecuadamente estos fenómenos minorando sus efectos negativos y explotando al máximo sus efectos positivos, sin que los poderes públicos tengan la más mínima posibilidad de permanecer al margen, pasivos, expectantes, pues se pondría en riesgo cierto y grave la sostenibilidad del sistema urbano y se comprometería la calidad de vida de todos los ciudadanos, y esa intervención es aún más obligada cuando de uso turístico de viviendas hablamos. La manera de llevarla a cabo es desde esa perspectiva multidisciplinar, global, integral y esa concepción holística del fenómeno urbano que se viene apuntando en párrafos anteriores.

2. La efectividad del derecho a la vivienda digna y adecuada como eje de la sostenibilidad del sistema urbano

Partiendo de la idea de que el modelo de desarrollo urbano que nuestra sociedad ha decidido impulsar no es otro que aquel que gira en torno al concepto de desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano, tal y como viene proclamando la legislación de suelo en nuestro país, y que se traduce, según el artículo 3 del Texto refundido de la ley de suelo y rehabilitación urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre²⁸, en que las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo deben propiciar el uso racional de los recursos naturales, armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, y ello con

negativo que excluye a las clases más desfavorecidas. La consecuencia social negativa existe, pero como hemos visto en menor proporción de lo que se ha podido pensar, sin embargo, la importancia y el ruido que ha tenido ha restado importancia a otras muchas consecuencias positivas que benefician enormemente a la sociedad: la gentrificación genera riqueza. Desde el punto de vista financiero, la gentrificación beneficia al espacio. Es un proceso de rehabilitación de inmuebles, rehabilitación de zonas públicas y privadas, rehabilitación de infraestructuras, mejora del transporte, mejora de la oferta recreativa y cultural, apertura de nuevos establecimientos, incentiva el consumo, crea puestos de trabajo, aumento en la recaudación de impuestos. La gentrificación mejora las oportunidades a largo plazo de las personas que deciden quedarse en el barrio. Las oportunidades económicas se ven mejoradas y con ello las oportunidades de optar a un mejor puesto de trabajo con un salario más alto. Además, la clase social que vivía desde el principio en el espacio no se encuentran aislados y tienen un mejor acceso a educación y oferta recreativa y cultural. Otro aspecto positivo de la gentrificación es la reducción de la criminalidad. Cuando la pobreza en el espacio se reduce y la seguridad en el barrio aumenta, la criminalidad del barrio también se ve disminuida”.

²⁸ El Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 141/2014, de 11 septiembre. avaló la constitucionalidad de este tipo de determinaciones establecidas por el legislador estatal, introduciendo a la par importantes reflexiones sobre el contenido propio del principio de desarrollo sostenible y las diferentes políticas públicas y ámbitos competenciales que inciden sobre la propiedad del suelo : *Fj6 ... el Estado no está únicamente legitimado para enunciar sin más el principio de desarrollo sostenible, sino también para darle un contenido que opere como premisa y límite genérico de las políticas públicas específicas que implican regulación, ordenación, ocupación o transformación del suelo. Por ello, los números 13ª y 23ª del art. 149.1 CE amparan también la concreción del principio de desarrollo sostenible en objetivos, pautas y criterios generales, tal y como lleva a cabo el art. 2.2: protección de la naturaleza; del patrimonio cultural, del paisaje, preservación del suelo rural; ocupación eficiente del suelo; dotación suficiente de infraestructuras; combinación funcional de usos.”*

el objetivo, establecido en el artículo 1, de “asegurar a los ciudadanos una adecuada calidad de vida y la efectividad de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”. Por lo tanto, el objetivo de desarrollo sostenible incluye como un elemento fundamental el derecho a la vivienda, que ha de ser digna y adecuada.

En el medio urbano, esas políticas públicas deben desarrollarse de acuerdo con los principios de competitividad y sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional, procurando que esté suficientemente dotado, y que el suelo se ocupe de manera eficiente, combinando los usos de forma funcional²⁹.

El citado artículo 3, que lleva por rúbrica “Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible”, culmina, y no por casualidad, con un mandato imperativo vinculado al derecho a la vivienda: *“El suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos que disponga la legislación en la materia”*, lo cual resulta aún más llamativo si se tiene en cuenta que la enumeración de los objetivos que ha de alcanzar una ordenación urbana sostenible comenzaba también por la referencia expresa a la obligación de los poderes públicos de posibilitar el *“uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual”*.

²⁹ Para ello se establecen unos objetivos o metas en particular, de los cuales destacan aquí los siguientes:

a) Posibilitarán el uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual en un contexto urbano seguro, salubre, accesible universalmente, de calidad adecuada e integrado socialmente, provisto del equipamiento, los servicios, ...

b) Favorecerán y fomentarán la dinamización económica y social y la adaptación, la rehabilitación y la ocupación de las viviendas vacías o en desuso.

c) Mejorarán la calidad y la funcionalidad de las dotaciones, infraestructuras y espacios públicos al servicio de todos los ciudadanos y fomentarán unos servicios generales más eficientes económica y ambientalmente.

d) Favorecerán, con las infraestructuras, dotaciones, equipamientos y servicios que sean precisos, la localización de actividades económicas generadoras de empleo estable, ...

e) Garantizarán el acceso universal de los ciudadanos, de acuerdo con los requerimientos legales mínimos, a los edificios de uso privado y público y a las infraestructuras, dotaciones, equipamientos, transportes y servicios.

f) Garantizarán la movilidad en coste y tiempo razonable, la cual se basará en un adecuado equilibrio entre todos los sistemas de transporte,...

g) Integrarán en el tejido urbano cuantos usos resulten compatibles con la función residencial, para contribuir al equilibrio de las ciudades y de los núcleos residenciales, favoreciendo la diversidad de usos, la aproximación de los servicios, las dotaciones y los equipamientos a la comunidad residente, así como la cohesión y la integración social.

j) Valorarán, en su caso, la perspectiva turística, y permitirán y mejorarán el uso turístico responsable.

k) Favorecerán la puesta en valor del patrimonio urbanizado y edificado con valor histórico o cultural...

La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 141/2014, de 11 septiembre, acredita la pertinencia de estas determinaciones no sólo por su vinculación con el derecho a la vivienda sino también con la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos: *“Finalmente, el párrafo 2º de ese mismo número, al conectar el uso residencial con el derecho a disfrutar de una vivienda digna, desarrolla y concreta un principio rector de la política económica y social que vincula a todos los poderes públicos ex art. 47 CE,.... Es más, en la medida en que de esa vinculación del uso residencial al derecho a disfrutar de una vivienda digna se deriva un sacrificio, carga o deber mínimo que se concreta más adelante en el art.10, conecta también con el estatuto básico del ciudadano y encuentra, igualmente, cobertura en el art. 149.1.1ª CE....*

Frente a esas determinaciones, tan claras y precisas, la referencia que el legislador estatal introduce respecto a la consideración del fenómeno turístico en la ordenación urbana es de carácter circunstancial, es decir, que la perspectiva turística estará presente, o no, en aquella ordenación, en función de las circunstancias concretas del ámbito territorial objeto de ordenación, de tal modo que en unos casos habrá lugar a la introducción del uso turístico en los núcleos urbanos ordenados y en otros supuestos no tendrá sentido incluir o prever ese uso turístico. Pero siempre deberá respetarse la regla básica de que la ordenación urbana está al servicio del derecho a una vivienda digna y adecuada, y que las viviendas previstas en la correspondiente ordenación han de destinarse preferentemente a un uso residencial permanente³⁰, pues el uso residencial previsto por la ordenación territorial y urbanística, debe insistirse en ello, está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, y por lo tanto no podrá destinarse, cómo regla general, a ningún otro uso, y menos en virtud de la decisión unilateral del propietario o del legislador en materia turística que actúe al margen de los procedimientos reglados de ordenación urbanística. Dicho de otro modo, el uso turístico de viviendas será excepcional y habrá de habilitarse expresamente.

Pero el legislador no se queda ahí, sino que precisamente cuando aborda en el Título I del Texto refundido de la Ley de Suelo y rehabilitación urbana las *“Condiciones básicas de la igualdad en los derechos y deberes constitucionales de los ciudadanos”*, en concreto en su Capítulo I, *“Estatuto básico del ciudadano”*, proclama (art. 5.a) como el primero de los derechos del ciudadano, el derecho *“a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados”*.

³⁰ El propio artículo 2 del Texto refundido de la Ley de Suelo se ocupa de definir el concepto: *“Residencia habitual: la que constituya el domicilio de la persona que la ocupa durante un período superior a 183 días al año”*.

Continuando con la construcción de la estructura legislativa del modelo de desarrollo urbano sostenible, el citado Texto refundido de la ley de suelo establece los mecanismos adecuados, y mínimos, para hacer efectivos los principios y los derechos y deberes enunciados en el Título preliminar y en el Título I, y entre ellos figura la obligación de las Administraciones Públicas, y en particular las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística (art. 20.b³¹), de “*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*”³².

Es muy importante reseñar cómo el Tribunal Constitucional otorga el visto bueno constitucional a estas determinaciones cuantitativas de reserva de suelo para vivienda protegida pues no lo hace atendiendo exclusivamente al artículo 47 de la Constitución, sino también al ejercicio competencial de regulación de las bases y coordinación de la planificación económica general y, en concreto, del sector de la vivienda, y la delimitación del contenido del derecho de propiedad, STC núm. 141/2014 de 11 septiembre:

...En resoluciones anteriores, este Tribunal ya ha matizado el juego del art. 149.1.1ª CE en relación con el art. 47 CE, afirmando que este título competencial, de un lado, “faculta al Estado para regular las condiciones no ya que establezcan, sino que garanticen la igualdad sustancial de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales”, pero, de otro, “esta función de garantía básica, en lo que atañe al derecho a disfrutar de una vivienda digna, es la que puede y debe desempeñar el Estado al instrumentar sus competencias sobre las bases y coordinación de la planificación económica del subsector vivienda y sobre las bases de ordenación del crédito”...

Por otra parte, también hemos aclarado que las facultades de dirección general de la economía del Estado ex art. 149.1.13ª CE permiten al Estado establecer normas básicas y de coordinación en el sector económico de la vivienda; esto es, líneas directrices, criterios globales de ordenación y acciones y medidas singulares necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación

³¹ La Disposición transitoria primera establece las reglas temporales para la aplicación de la reserva de suelo para vivienda protegida y una regla temporal excepcional.

³² El régimen jurídico de la reserva de suelo para vivienda protegida se completa en el citado artículo de la siguiente manera: “*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 íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social”.

del sector. En este sentido, es indudable que la reserva mínima de un 30 por ciento del suelo residencial de las actuaciones de urbanización es una línea directriz o criterio global de ordenación, que se basa en la idea de que las viviendas protegidas han de actuar como factor regulador del mercado de la vivienda, persiguiendo la consecución en este ámbito de ciertos objetivos, económicos y sociales; señaladamente, el garantizar el acceso de ciertas capas de la población a una vivienda digna y lograr una moderación o contención de precios, especialmente en los periodos alcistas del ciclo económico, asegurando la existencia de una oferta de viviendas de protección pública que limite y compita con la oferta de vivienda libre. Se trata, por tanto, de una medida normativa que tiene una incidencia clara en la actividad económica. Esta regulación encuentra cobertura, por tanto, en las competencias estatales exart. 149.1.13ª CE, sin que con ello se produzca invasión alguna de las competencias autonómicas.

...La regla de una reserva mínima de suelo residencial de la actuación para viviendas con régimen de protección pública se incardina también en el art. 149.1.1ª CE, que, en atención a la función social de la propiedad (art. 33.2 CE), consiente imponer, con ciertas salvedades, un sacrificio, carga o deber mínimo de igualdad que han de soportar los propietarios del suelo sujeto a urbanización y, en su caso, los empresarios que lleven a cabo la ejecución del planeamiento urbanístico. Es, por tanto, una condición básica tanto del derecho de propiedad (art. 33 CE) como de la libertad de empresa (art. 38 CE)”.

Por lo tanto, la legislación básica estatal de suelo y la doctrina constitucional que la avala, marcan claramente la imposibilidad de regímenes urbanísticos y/o turísticos autonómicos que permitan una implantación unilateral e indiscriminada del uso turístico de viviendas, entendiéndose por tal la no garantía de un porcentaje mínimo de reserva de viviendas para uso como residencia permanente o habitual, ya sea en propiedad o en alquiler, en una localización respetuosa con el principio de cohesión social, libre de ruido u otras inmisiónes contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados, conforme a decisiones adoptadas por los poderes públicos en el ejercicio de la función pública de planificación urbanística, con todas las garantías de participación ciudadana: *“El urbanismo es una función pública, la ciudad –más ampliamente, el territorio, en el sentido que aquí importa, art. 1.º del Texto Refundido- es de todos y por tanto las decisiones relativas a sus características corresponden a los ciudadanos en general a través de los trámites que abren una vía a su participación y de las decisiones adoptadas por sus elegidos representantes.*

La decisión que es el Plan se adopta pues en atención al interés público³³ con independencia de cuáles sean las aspiraciones o expectativas de los propietarios de terrenos, aunque aquéllas hayan

³³ En esa línea véase la referencia de la STS 3842/2020 : *“Por su parte, en la STS de 12 de diciembre de 2014 (ECLI:ES: TS:2014: 5164, RC 3058/2012) --recordando las anteriores SSTs de 30 de octubre de 2013 (RC 2258/2010), 26 de julio de 2006 (RC 2393/2003), 30 de octubre de 2007 (RC 5957/2003) y 24 de marzo de 2009 (RC 10055/2004), entre otras--, hemos insistido, en lo siguiente: “Las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen*

de ser contempladas después: si en un primer momento el «dibujo» del plan representa una desigualdad después del ordenamiento urbanístico arbitrará técnicas para su compensación» (STS de 7 de noviembre de 1988).

V. LA HABILITACIÓN DEL USO TURÍSTICO DE VIVIENDAS A TRAVÉS DE LAS DIVERSAS TÉCNICAS URBANÍSTICAS

Conocidas las bases de la ordenación urbana procede un previo recordatorio de que el estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria se integra por la interacción de la legislación estatal de suelo³⁴, de la legislación urbanística autonómica y de las disposiciones del planeamiento territorial y urbanístico, de tal modo que para conocer el régimen jurídico concreto aplicable a una determinada propiedad inmobiliaria, especialmente el uso al que puede destinarse el inmueble, es necesario acceder al contenido del correspondiente instrumento de planeamiento aplicable y, en concreto, al menos, a las determinaciones de clasificación y calificación que afectan a la propiedad en cuestión.

Tal y como señala el Texto Refundido de la ley del suelo de 2015 (art.12) *“El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien”. Se trata, por lo tanto, de una propiedad limitada y delimitada*³⁵: *“Las facultades del propietario alcanzan al suelo y al subsuelo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público”.*

por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales; no los intereses de uno o de unos propietarios; ni tan siquiera los intereses de la propia Corporación Municipal”.

³⁴ Así lo proclama el artículo 11.1 del Texto refundido de la ley de suelo y rehabilitación urbana: *“El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”.*

³⁵ Otro ejemplo claro de ello es lo dispuesto por la Ley 4/2017 de 13 de julio del suelo y de los espacios naturales protegidos de Canarias:

Artículo 26.- Delimitación del contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo.

1. La clasificación, categorización, en su caso, subcategorización, y la calificación urbanística del suelo vincularán los terrenos y las construcciones o edificaciones a los correspondientes destinos y usos, y concretarán su función social, delimitando el contenido del derecho de propiedad que recaiga sobre tales bienes.

Artículo 27.- Contenido urbanístico de la propiedad del suelo: derechos.

1. El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de usar, disfrutar y explotar los terrenos conforme a la clasificación, categorización, subcategorización y calificación de los mismos. También comprende la facultad de disponer, siempre que no lo sea con infracción, del régimen de formación de fincas y parcelas establecido por la legislación de suelo.

Artículo 28.- Contenido urbanístico de la propiedad del suelo: deberes.

1. El derecho de propiedad del suelo, sin perjuicio del régimen a que esté sujeto por razón de su clasificación y categorización, comprende los siguientes deberes:

a) Destinar el suelo a los usos previstos por la ordenación o, en su caso, a los que sean compatibles con la misma.(...)

Tales preceptos no hacen sino recoger conceptos y reglas tradicionales en la legislación urbanística española y cuya función última la propia jurisprudencia se ha encargado de explicar de una manera precisa, pudiendo señalar al respecto la significativa sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1988:”FJ 3. “*La clasificación y la calificación del suelo implican la atribución de una determinada calidad que opera como presupuesto desencadenante de la aplicación del estatuto jurídico correspondiente. Este carácter estatutario del derecho de propiedad inmobiliaria significa que su contenido será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística, siendo así lícita la modificación de ésta, pues las facultades propias del dominio, en cuanto creación del ordenamiento, serán las concretadas en la ordenación vigente en cada momento*”.

En todo caso, todas las técnicas de intervención dependen del planeamiento urbanístico, que es el eje central sobre el que giran, como bien señala el FJ2 de la citada STS: “*El Plan es el concepto central del ordenamiento urbanístico. Con él se define el marco físico elegido para el desarrollo de la convivencia prefigurando por tanto qué transformaciones se van a introducir en la realidad de hecho. Nace, en consecuencia para ser ejecutado-... -pues en otro caso no pasaría de ser un «dibujo muerto». No puede por consecuencia el Plan desentenderse de la realidad de hecho existente a la hora de su formulación:...*”.

Ese protagonismo del planeamiento deriva del claro mandato legal de que “*La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste...*”. Por lo tanto, debe volver a insistirse en la idea de que no existe el derecho a un uso turístico de una vivienda o de otro inmueble si ese uso turístico no es atribuido o permitido por el planeamiento, como instrumento de expresión democrática de la identificación del interés general o colectivo a través de la pormenorización de usos, rechazando así la idea o punto de partida de que el planeamiento debe prohibir o limitar ese uso como si formase parte de modo natural del contenido del derecho de propiedad de un inmueble, en este caso de una vivienda.

Gran parte del problema deriva de la creciente deficiencia e imprecisión de la técnica normativa en nuestro país, donde, en muchos casos (especialmente en muchos planes urbanísticos obsoletos, del siglo pasado y del presente, pero aún vigentes) se engloba el uso turístico como perteneciente a un uso residencial, como una simple modalidad de éste, cuando son usos totalmente diferentes por sus requerimientos, consecuencias y régimen jurídico, y de ahí el gran acierto de las decisiones administrativas comentadas y avaladas jurisdiccionalmente de incluir el uso turístico como un uso terciario, de equipamiento, totalmente diferenciado del residencial. Por ello es necesario exigir aquí, en primer lugar, a los planes de ordenación territorial y especialmente a los urbanísticos un escrupuloso respeto al principio de buena regulación,

pues no en vano los planes urbanísticos gozan de la consideración de disposiciones de carácter general³⁶.

1. El protagonismo de la técnica de la zonificación

Podría pensarse que el principal o casi único protagonista respecto de la asignación de usos del suelo sería la técnica de la calificación, cuyo ejercicio corresponde casi siempre al planeamiento urbanístico, principalmente al Plan General en el suelo urbano y a los planes de desarrollo en el suelo urbanizable, tales como planes parciales y, en consecuencia, estos planes serían los únicos de interés aquí. Pero esa sería una visión simplista, ya que la propia legislación urbanística señala que ha de atenderse al resultado de la aplicación de la clasificación, categorización, subcategorización y calificación del suelo.

Además, a esas técnicas habría que añadir la de la zonificación, que está efectivamente muy relacionada con la delimitación de los usos admitidos, tanto en el ámbito legislativo como en el del planeamiento. En el primero encontramos múltiples ejemplos, como puede ser en la legislación de carreteras (zonas de dominio público, de servidumbre o de afección), de costas (zona marítimo-terrestre, zona de servidumbre de protección, de servidumbre de tránsito, servidumbre de acceso público y gratuito al mar, zona de influencia), de aguas (zona de servidumbre, zona de policía), zonas periféricas de protección de espacios naturales, etc., todos los cuales, debe insistirse en ello, conllevan una serie de limitaciones a la propiedad de los terrenos, especialmente limitaciones de usos.

³⁶ El Tribunal Supremo hace una llamada de atención en tal sentido en la Sentencia de 25/02/2021 núm.º 275/2021, Roj: STS 803/2021, que si bien se refiere a una ordenanza fiscal es trasladable a los instrumentos de planeamiento: *“La incorporación expresa, en nuestro ordenamiento jurídico, del principio de buena regulación supone un notable paso adelante, de cara a que la producción normativa respete un principio tal fundamental como es el de seguridad jurídica: Con respecto a éste hemos dicho en nuestra sentencia de 3 de junio de 2019 (rec. cas. 84/2018) que la STC 27/1981, lo describe como “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”, refiriéndose el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 46/1990 al mismo como “la exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...).”*

Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no ... provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvable respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas”.

Hoy es sentir común la profunda inseguridad jurídica e incertidumbre social provocada, entre otros factores, por la imprecisión de las normas jurídicas”.

Se trata de una técnica más habitual en las labores de ordenación del territorio y de espacios naturales protegidos³⁷ que en el ejercicio de la planificación urbanística, pero con directa y determinante influencia en ésta, y ya con cierta tradición en lo que a la cuestión turística se refiere.

En consecuencia, porque la zonificación se impone, limita y condiciona a las otras técnicas urbanísticas, es necesario llevar a cabo un minucioso examen de la misma, especialmente en lo que a la ordenación de los usos propiamente turísticos se refiere, pues la legislación autonómica comparada ofrece claros y significativos ejemplos de ella.

En tal sentido puede citarse la legislación urbanística de ambos archipiélagos españoles, sin lugar a dudas referentes en lo que a territorios turísticos por excelencia se refiere. En el caso de las Islas Baleares, la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears, señala, p. ej. que la actividad urbanística incluirá el establecimiento de zonas de usos diferentes según la densidad de la población que las tenga que ocupar, determinando los parámetros urbanísticos correspondientes con criterios de ordenación generales uniformes para cada clase en toda la zona (art. 3.3.d), de forma tal que se comprueba la vinculación de la técnica de la zonificación con la delimitación de usos.

En el caso de las Islas Canarias, la zonificación es una función presente tanto para la ordenación del territorio³⁸ como para la ordenación turística³⁹.

³⁷ Un ejemplo se encuentra en el art. 108 Ley 4/2017, de 13 de julio, del suelo y espacios naturales protegidos de Canarias en la zonificación establecida en los planes rectores de uso y gestión que podrán establecer zonas diferenciadas dentro del ámbito territorial del espacio protegido, que pueden ir desde la mayor restricción de usos en las zonas de exclusión o de acceso prohibido a la mayor permisividad de usos en las zonas de uso general o en las zonas de uso especial.

³⁸ Dicha función se reserva principalmente a los planes insulares de ordenación, tal y como indica el preámbulo de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias: “Los planes insulares de ordenación tendrán una función de..., de zonificación de usos globales del territorio...”.

³⁹ Es precisamente la legislación de ordenación turística de Canarias, Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias la que en su preámbulo vino a señalar un primer concepto de zona desde la perspectiva turística, territorialmente muy amplio y que serviría a la ordenación territorial supra-municipal de instrumento eficaz para la delimitación de usos en aquellos casos de afección entre municipios limítrofes: “La Ley alude también en ocasiones, a servicios que deben ser prestados en «zonas» o «núcleos» turísticos, cuyos conceptos no se identifican con el municipio turístico, pudiendo existir aquellos en municipios que no tengan este carácter. Además el «núcleo» representa un ámbito geográfico menor que el municipio: Un enclave concreto dentro de éste; y la «zona», un área más extensa que el municipio, empleando la Ley este último concepto allí donde parece oportuno que los servicios se comarcalicen o mancomunen”.

La Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, introduce un nuevo concepto de zona turística: área limitada y reservada por el planeamiento para la localización e implantación de los usos turísticos.

En ambos territorios autonómicos la delimitación de determinadas zonas se vincula directamente a la restricción de la incorporación de nuevas plazas o establecimientos de alojamiento turístico, y ello por estrictas razones objetivas de sostenibilidad del modelo urbanístico.

En el caso canario, la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias (art. 100.2) habilita a los planes insulares de ordenación para identificar aquellas zonas o núcleos de las mismas en las que no se deban permitir nuevos crecimientos turísticos ni residenciales⁴⁰ por ser incompatibles con el principio de desarrollo sostenible o tener el carácter de espacios saturados de acuerdo con los parámetros establecidos por la legislación turística y urbanística aplicable.

En el caso de las Islas Baleares, Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears se contempla el concepto de zona turística saturada o madura, definida como el ámbito territorial de la isla en el que se sobrepase el límite de oferta turística máxima que reglamentariamente se establezca, se registre una demanda causante de problemas medioambientales o que, por la obsolescencia de la mayor parte de las infraestructuras del sector turístico, se haya transformado en zona degradada o existan desequilibrios estructurales que impidan o dificulten un desarrollo competitivo y sostenible de la industria del sector turístico en la zona por la sobrecarga urbanística y ambiental, la sobreexplotación de recursos o la obsolescencia de sus equipamientos turísticos. En esa línea, el art. 5 de la citada Ley 8/2012, habilita a los planes de intervención en ámbitos turísticos (PIAT) y los planes territoriales insulares (PTI) para determinar también el límite máximo por isla de plazas turísticas en alojamientos turísticos y el límite máximo de plazas en viviendas residenciales susceptibles de ser comercializadas turísticamente, en función de los recursos insulares existentes, las infraestructuras, las densidades de población y otros parámetros relevantes de su ámbito.

Otro ejemplo importante de la legislación isleña sobre la necesidad y consecuencias de la zonificación es el referido a aquellas denominadas como zonas mixtas, entendidas como aquellas donde la presencia de edificaciones turísticas pueda producir, junto con otras residenciales o industriales, efectos aditivos que pongan en peligro la calidad turística de la zona. La introducción sin control de un uso turístico de viviendas ha generado de facto la aparición de esas zonas mixtas en ámbitos tradicionalmente residenciales: turistificación.

⁴⁰ Huelga decir que tal limitación debería alcanzar también al uso turístico de viviendas, ya se considere que éste constituye una modalidad alojativa turística o no, pues en todo caso afecta directamente a la capacidad alojativa de la zona en cuestión. Por lo tanto, el planeamiento de rango inferior debería necesariamente prohibir o excluir cualquier tipo de uso turístico de viviendas en garantía del éxito de la sostenibilidad y rehabilitación de esas zonas.

La visión de la doctrina respecto de la convivencia de los usos residenciales y turísticos suele ser ciertamente negativa⁴¹, como por ejemplo en Sola⁴²: *“Esta amalgama de usos dentro de una misma zona genera problemas de convivencia que afectan de manera especial a la población residente. En efecto, los residentes suelen tener un modus vivendi - hábitos y necesidades, horarios de trabajo y escolar, descanso nocturno, etc.- que no se compadece con las actitudes, los usos del espacio y, en ocasiones, con las pretensiones de diversión, sobre todo en horas nocturnas, que muestran muchos turistas durante las vacaciones, que lleva en ocasiones a provocar unos niveles de contaminación acústica insoportable para los primeros”*.

Pasando al plano específicamente urbanístico, la técnica de zonificación tiene cierto protagonismo en alguna normativa autonómica, como por ejemplo en Castilla La Mancha, en el Reglamento de Planeamiento de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, aprobado por Decreto 248/2004, de 14-09-2004, que define como *“zona de ordenación urbanística (ZOU) aquella área de suelo que presenta un tejido urbano característico y diferenciado, por disponer de usos globales y tipologías edificatorias homogéneas que permitan identificarla con respecto a otras zonas complementarias de la ordenación urbana y que se conforma como un ámbito espacial de aplicación de una norma urbanística concreta”*. Respecto de su extensión teritorial y delimitación se especifica que *“En suelo urbanizable las ZOUs comprenderán uno o varios sectores. En suelo urbano compren-*

⁴¹ También acostumbra ser negativa para el legislador y no sólo desde la perspectiva de la sostenibilidad urbana sino desde la visión estrictamente turística, lo cual también es muy importante atendiendo al peso de ese sector productivo en nuestro PIB y en el empleo. Así lo señala la Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de ordenación general y del Turismo de Canarias *“...resulta igualmente necesario abordar la mezcla de usos en las áreas turísticas consolidadas. La afición entre los usos turístico y residencial tienen su origen básicamente en los diferentes hábitos, horarios, actitudes y necesidades de los residentes y los visitantes y en el uso diferente que ambos colectivos hacen tanto del espacio edificado como del espacio urbano; pero también en la reiterada experiencia de la utilización turística irregular de las edificaciones destinadas a uso residencial, fuera del control y la garantía de calidad y servicio que constituyen el objetivo de la regulación turística. Por unas y otras razones, las Directrices consideran que se debe evitar el uso mixto, por el deterioro que la situación causa en la oferta turística, revisando los instrumentos de planeamiento que permiten ambos usos en un mismo ámbito o sector, con el fin de especializar integralmente los espacios en uno u otro destino”*.

Es claro que el planificador, territorial, urbanístico o turístico, al usar la técnica de la zonificación no puede permanecer ajeno a los criterios de carácter económico y social, debiendo escoger aquellos usos del suelo que proporcionen una mayor rentabilidad en tales aspectos, es decir, aquellos usos que generen más empleo directo y de mayor calidad, una actividad económica más rentable y fiscalmente más atractiva para el interés general, en el sentido de que genere una mayor redistribución de los recursos obtenidos vía impuestos, la creación de mayor empleo indirecto a través de las actividades económicas colaterales o vinculadas, etc. Se trata, por lo tanto, de asumir que la ordenación del territorio y el urbanismo tienen claras connotaciones y repercusiones de carácter económico y social que deben ser igualmente ponderadas que las de carácter territorial y ambiental buscando un equilibrio entre todas esas facetas. El Tribunal Constitucional insiste en esa línea cuando recuerda en su sentencia 42/2018, de 26 de abril, que *“...el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 7/2015 “invoca el principio constitucional de la utilización de los recursos económicos y naturales conforme al interés general (arts. 47 y 128.1 CE) como fin u objetivo común y de carácter general para todas las políticas que tienen incidencia sobre el suelo, proclamando, además, como directriz de esas políticas el principio de desarrollo sostenible”*.

⁴² SOLA TEYSSIERE, J., La necesidad de un tratamiento diferenciado del suelo de uso turístico, Revista de urbanismo y edificación, núm. 15 (2007), p. 104.

derán ámbitos espaciales, continuos o discontinuos, pudiendo integrar tanto solares como unidades de actuación en una misma zona". Con tales disposiciones se comprueba su utilidad para ordenar el uso turístico de viviendas pues el planeamiento tiene amplio margen de delimitación en función de las características del ámbito territorial correspondiente y su finalidad es precisamente ultimar el régimen urbanístico de cada zona.

En la misma línea se había pronunciado la Generalitat Valenciana mediante el Reglamento de Zonas de Ordenación Urbanística de la Comunidad Valenciana aprobado por la Orden de 26 de abril de 1999, del Conseller de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, que considera *"zona de ordenación urbanística a un área que presenta un tejido urbanístico característico y diferenciado. Constituye el ámbito de aplicación de una determinada normativa urbanística"*. Respecto de su configuración, sus disposiciones son menos flexibles: *"Todas las zonas de ordenación urbanística se configuran mediante la integración de 3 variables urbanísticas: un sistema de ordenación, una tipología edificatoria y un uso global."*

En cuanto a su aplicación práctica puede citarse, entre otros, el Plan especial urbanístico (PEU) para la regulación de las viviendas de uso turístico (VUT), aprobado por acuerdo del Ayuntamiento de Barcelona de 1 de abril de 2016 al que se refiere y valida la STS de 26/01/2021, ECLI:ES:TS:2021:210, y que utiliza la figura de la zonificación a una escala territorial menor, de barrio o manzana:

"Y para intentar corregir tales problemas y con los objetivos, tanto inmediatos como estratégicos, antes indicados se adoptan una serie de medidas que permitan el control territorial de la implantación de nuevas VUT mediante la utilización de diversos parámetros de densidad máxima (v.gr., la proporción existente por manzana entre las VUT censadas en relación con las viviendas de uso residencial o la proporción existente entre población flotante y residente), efectuando una distribución por zonas o barrios en la que, además de aquellos parámetros y del número y distribución de VUT existentes en los distintos barrios, manzanas y edificios, se tienen en cuenta factores tales como la presión turística en las diversas zonas, las características urbanísticas del tejido urbano que acoge dicha afluencia (v.gr., si se trata de barrios históricos con calles estrechas y escasos espacios públicos) o la tipología arquitectónica de los edificios. A partir de estos elementos, se establece una graduación de limitaciones para la implantación de las VUT entre estas diversas zonas que tiene en cuenta y conjuga todos estos factores que se explicitan y detallan debidamente en la Memoria. Se configuran, así, un total de seis grados aplicables cada uno de ellos a las seis zonas homogéneas que en el plan se describen y que se delimitan en función de las características antes mencionadas".

Lo más importante es el enorme valor que tiene el pormenorizado análisis en la memoria del plan de los criterios a aplicar para delimitar las zonas, la justificación de su correcta aplicación y la racionalidad del resultado final en cuanto a la homogeneidad de las situaciones y circunstancias presente en cada una de las zonas, lo cual

a su vez permitirá superar el examen jurisdiccional del diferente régimen urbanístico establecido para cada una de las zonas y sus limitaciones⁴³.

En el caso de la STSJ de Madrid 14/2021, Roj: STSJ M 2/2021, la zonificación del Plan Especial de regulación del uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje se traduce en el establecimiento de tres anillos en los que se pormenoriza el ámbito del PEH. Estos anillos presentan comportamientos relativamente homogéneos, tanto en su regulación vigente como en la presión sobre el uso residencial y presentan también diferencias entre uno y otro anillo. También introduce un segundo parámetro novedoso que es la condición de uso existente del edificio, El resultado de superponer estos dos nuevos parámetros -anillos y uso existente- y los dos que ya utiliza el planeamiento vigente -niveles de uso y niveles de protección-, es lo que permite discriminar las condiciones para la implantación del uso de hospedaje en parcelas residenciales. Según reza la propia memoria del Plan especial, *“La regulación propuesta renuncia a generalizar ninguna forma de implantación, incidiendo en la regulación diferenciada en función de los factores que componen su zonificación. En el Anillo 1, la situación mayoritaria será directamente la no viabilidad de la implantación, que afecta a más de la mitad de las parcelas. En los otros dos anillos, el modo de implantación mayoritario será mediante un Plan Especial cuyo objeto será el control ambiental. Ese Plan Especial incorpora un segundo objeto en edificios protegidos: el control del impacto de las obras sobre los elementos protegidos”*.

Es notoria, por tanto, la excepcional importancia que la técnica de la zonificación tiene sobre la habilitación de usos turísticos en el territorio, que va a limitar y a condicionar las determinaciones que podrían introducirse por el resto de técnicas de planificación urbanística o de ordenación territorial y, por lo tanto, debe impul-

⁴³ En ese sentido la STS citada señala: *“Para ello, la Memoria analiza, con pormenorizado detenimiento, la evolución del aumento progresivo de dichas viviendas en el municipio de Barcelona - fundamentalmente en la zona cuestionada por los recurrentes (Ciutat Vella) en la que se detiene con especial detalle-, su impacto en la convivencia con los residentes habituales -debido a la difícil compatibilidad de ambas formas de vida, la que genera la dinámica turística y la de los residentes habituales-, así como en los precios de la vivienda en compra y en alquiler, todo ello con apoyo en abundantes datos cuyas fuentes se referencian -y no se cuestionan por los recurrentes-. Asimismo, se refiere y detalla la incidencia de todos estos factores en la progresiva alteración de la vida de los barrios y en la generación del fenómeno antes aludido de la “gentrificación”*.

... De entre estas zonas la Memoria hace especial hincapié (apartado 3.2) en la denominada Ciutat Vella (ZE0), a la que se refieren las alegaciones de los recurrentes, que es aquella en la que se establece un grado mayor de limitación para la implantación de las VUT. Se explica en la Memoria la fuerte presión turística que esta zona recibe desde hace unas décadas que ha determinado la proliferación de VUT, siendo la zona que reviste la máxima concentración de estas viviendas de uso turístico en la ciudad de Barcelona. Que esta situación viene ocasionando problemas de convivencia debido a su incompatibilidad con la vida cotidiana del barrio, así como una disminución del parque de viviendas disponibles para residencia habitual y un aumento de los precios de la vivienda que supera las posibilidades de los residentes habituales que se ven forzados a abandonar su barrio, produciéndose una degradación de la calidad ambiental de los espacios públicos. Esta situación -se continúa explicando- ya había sido abordada en anteriores Planes de usos que afectaban a esta zona (de 2005 y de 2010, modificado en 2013), en los que ya se establecieron diversas limitaciones para la ubicación de las VUT en Ciutat Vella que ahora en este Plan se mantienen y completan, extendiéndose algunas de ellas al resto de los barrios de la ciudad”.

sarse el desarrollo y regulación de esta técnica en todas las legislaciones territoriales y urbanísticas autonómicas.

2. Clasificación, categorización y calificación urbanísticas: el suelo turístico

Clasificación, categorización y, en su caso, subcategorización, son tres versiones de una misma técnica urbanística tradicional en nuestro derecho, que ostentan un protagonismo esencial en la delimitación del contenido del derecho de propiedad de los inmuebles. En tal sentido es importante recordar nuevamente su carácter instrumental, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en sentencias como la número 61/1997 o la 164/2001, en las que se indica que la clasificación (lo cual debe extrapolarse a categorización y subcategorización) del suelo constituye un instrumento técnico indispensable para la configuración de los distintos estatutos de la propiedad urbana⁴⁴.

Una primera característica que debe destacarse de este tipo de técnicas es su habitual carácter cerrado, es decir, que las diferentes clases, categorías y subcategorías suelen constituir un *numerus clausus* al venir predeterminadas por la legislación urbanística, de tal manera que el planificador no puede aplicar otros tipos más que aquellos predeterminados por la ley, y eso las va a distinguir de la técnica de la calificación a la que posteriormente se hará la debida referencia. En este sentido es ilustrativo lo que afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1997 para distinguir las: *“la jurisprudencia distingue la “clasificación” de la “calificación” de los terrenos al estar regidas por criterios distintos, apareciendo la primera sujeta a una técnica “numerus clausus” y la segunda se inspira por el contrario en un sistema de “numerus apertus”, sin tipificación legal de categorías, pues es la imaginación del planificador la que inventa los tipos tanto en su denominación como en su contenido”*.

Una segunda característica que distingue aquellas técnicas de la de la calificación es la que se refiere al carácter reglado o discrecional de su aplicación. Respecto de la clase de suelo urbano no ha lugar a ninguna duda de su carácter reglado, Sentencia Tribunal Supremo de 1 febrero 2011, RJ 2011\511: *“Desde tiempo atrás la legislación urbanística y la jurisprudencia han considerado el de suelo urbano como un concepto reglado limitativo de la potestad discrecional de planeamiento...”*.

Para la clase de suelo urbanizable aumenta el grado de discrecionalidad del planificador urbanístico, pero dentro de unos márgenes de decisión bastante estre-

⁴⁴ Como ejemplo, en el caso de las Islas Canarias, la citada Ley 4/2017 incluye la clásica referencia a que *“La clasificación, categorización, en su caso, subcategorización, y la calificación urbanística del suelo vincularán los terrenos y las construcciones o edificaciones a los correspondientes destinos y usos, y concretarán su función social, delimitando el contenido del derecho de propiedad que recaiga sobre tales bienes (art. 26)”*.

chos en comparación con lo que ha sido la tradición urbanística española, y ello porque se introducen directamente por la propia legislación una serie de determinaciones o reglas que hacen de la clasificación de suelo urbanizable una actividad pseudo-reglada y con límites claros a la discrecionalidad⁴⁵.

El carácter reglado de las decisiones del planificador vuelve a aparecer con fuerza respecto de la aplicación de determinadas categorías del suelo rústico o no urbanizable⁴⁶.

Pero el aspecto más importante aquí es el relativo al carácter determinante que la presencia del uso turístico va a tener respecto de la aplicación de estas técnicas urbanísticas, especialmente en lo relativo a las limitaciones a la clasificación de suelo con destino turístico en algunas legislaciones autonómicas, lo que pone de manifiesto que la introducción del uso turístico en el territorio no resulta inocua ni irrelevante, puesto que condiciona y determina el modelo de ordenación elegido.

Así, siguiendo con el ejemplo canario, la Ley 4/2017 LSENPC, proclama ya en su preámbulo la intención de continuar con la práctica prohibición de clasificar nuevo suelo con destino turístico, *“Simplificar, racionalizar y renovar el marco normativo sobre el suelo no implica ni exige la vuelta atrás sobre decisiones que afectan al territorio y que, por su trascendencia y consolidación en nuestra cultura territorial, bien pueden calificarse de estructurales.*

⁴⁵ Así, por ejemplo, el artículo 39 de la Ley 4/2017 LSENPC establece que la clasificación de suelo urbanizable lo será como ensanche, en contigüidad y extensión, sin solución de continuidad alguna, con suelo urbano existente, aunque, con carácter excepcional, el planeamiento general podrá prever suelo urbanizable aislado para usos no residenciales, cuando resulte inviable su localización en extensión y contigüidad con suelo urbano por razones ambientales o demandas sociales, siempre y cuando lo permita el planeamiento insular. Además, no podrá clasificarse suelo urbanizable en extensión de asentamientos rurales y agrícolas.

Otra regla estricta señalada por aquel precepto es la de que la extensión a clasificar se habrá de justificar en función del crecimiento poblacional y la superficie edificada para los distintos usos en los últimos diez años, así como, en el mismo periodo, la extensión y capacidad de los suelos urbanos y urbanizables clasificados por el planeamiento anterior y su grado de desarrollo y ejecución. Por otro lado, el suelo urbanizable ha de clasificarse o dividirse en diferentes sectores, los cuales habrán de tener características físicas y urbanísticas homogéneas, y su perímetro deberá estar delimitado por situaciones de planeamiento existentes, por sistemas generales de comunicación, por espacios libres o por elementos naturales o artificiales preexistentes.

⁴⁶ *“Sentencia Tribunal Supremo de 10 julio 2012, RJ 2013\2346:”* *“Acerca del carácter reglado- discrecional en la clasificación del suelo no urbanizable según el régimen jurídico previsto en el artículo 9 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV), existe una consolidada jurisprudencia que distingue según se trate de (1) suelo no urbanizable común o por inadecuación al desarrollo urbano, o (2) de suelo no urbanizable merecedor de protección especial, declarando que cuando concurren circunstancias o están presentes valores que hacen procedente y preceptiva la clasificación del terreno como suelo no urbanizable de protección especial, en tal caso no es potestad discrecional, sino reglada, por lo que resulta obligada su protección”.*

... así como la práctica prohibición de clasificar nuevo suelo con destino turístico. Estas determinaciones estructurales permanecen intangibles, y son asumidas e incorporadas por esta norma⁴⁷”.

Lo que se pone de manifiesto es que la presencia del uso turístico va a actuar como detonante de una intervención mucho más estricta del legislador respecto de la clasificación de suelo, de tal modo que en estos casos ya no solo tiene carácter reglado, sino que esa reglamentación tiene un carácter eminentemente restrictivo, e incluso en algunos casos excluyente, y ello por múltiples razones, presentes en todas las exposiciones de motivos y preámbulos de las diferentes normas, y que van desde lo estrictamente ambiental hasta lo socioeconómico, pero que en todo caso son una exigencia de la sostenibilidad del sistema urbano y territorial⁴⁸. Es decir, tomando

⁴⁷ Esa declaración programática viene de lejos, puesto que está ya presente en las Directrices de Ordenación Turística aprobadas por la ley 19/2003 de 14 de abril, cuya DOT 7.2.a proclamaba que *“La extensión territorial del uso turístico deberá atemperarse, actuando exclusivamente sobre las áreas ya clasificadas con destino turístico, sin admitir la nueva clasificación de suelo urbanizable con dicho destino y reorientando las iniciativas hacia la rehabilitación del espacio turístico consolidado y la renovación de la planta alojativa existente, ordenando e incentivando el tránsito hacia la nueva orientación”*.

La Memoria de las DOT justificaba tal determinación en estos términos: *“Los criterios que definen el modelo comienzan estableciendo su carácter limitado, basado en el freno a la extensión territorial, el crecimiento de la oferta condicionado al aumento del valor del destino y al objetivo de renovación, así como a la disponibilidad de infraestructuras y servicios y a la capacidad insular de carga, la orientación de la actividad turística hacia el desarrollo social y económico de Canarias y la mejora de la calidad de vida de su población, el incremento de la sostenibilidad de los establecimientos turísticos y la profesionalización de la gestión turística*.

La Ley 6/2009, de 6 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación territorial para la dinamización sectorial y la ordenación del turismo siguió esa línea de restricción a las potestades del planificador urbanístico señalando que *“...se mantiene la prohibición de clasificar nuevos suelos urbanizables con destino turístico, si bien la misma se flexibiliza desde una doble perspectiva. En primer lugar, se permite la reclasificación de suelos siempre que simultáneamente se proceda a la desclasificación de suelo turístico en igual o mayor proporción. Y en segundo lugar, se permite la reclasificación como consecuencia de operaciones de reforma interior que ocasionen un traslado de ubicación de instalaciones hoteleras ya existentes. En todo caso, el saldo neto del suelo edificable se mantiene, ...”*.

La Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias muestra una vez más la decisión firme del legislador autonómico de restringir la incorporación de nuevo suelo (urbanizable) con destino turístico, y ello por razones medioambientales, pero incorporando nuevas o diferentes excepciones a la regla general de no crecimiento de la planta alojativa.

Por su parte, la Ley 14/2014, de 26 de diciembre, de Armonización y Simplificación en materia de Protección del Territorio y de los Recursos Naturales, suavizó mínimamente las restricciones, modificando el artículo 12 de la Ley 6/2009, de 6 de mayo, de Medidas urgentes en materia de ordenación territorial para la dinamización sectorial y la ordenación del turismo.

⁴⁸ Otro ejemplo, referido en este caso no a las clases de suelo sino a las categorías de suelo rústico, es el presente en el artículo 69 de la LSENPC, puesto que en el suelo rústico de asentamiento rural se permiten los usos turísticos en edificaciones preexistentes, de acuerdo con lo que disponga la legislación sectorial, mientras que en el suelo rústico de asentamiento agrícola están reservados los usos turísticos a los establecimientos de turismo rural. De este modo se comprueba que el legislador opta por limitar la tipología o modalidad de los establecimientos turísticos en función de la categoría de suelo rústico de que se trate, y ello sobre la base compatibilidad de los mismos con los usos y determinaciones propios de dicha categoría, de modo que, por ejemplo, en los asentamientos agrícolas no será posible implantar el uso de vivienda vacacional al igual que tampoco será posible explotar otro tipo de establecimientos alojativos turísticos (salvo

como referencia lo dispuesto por las Directrices de ordenación del turismo de Canarias, que “Toda decisión de ocupación de suelo con destino turístico requiere ser establecida y fundamentada técnicamente en la capacidad de carga de la zona turística afectada, entendida como el conjunto de factores que permiten el uso turístico de una zona sin un declive inaceptable de la experiencia obtenida por los visitantes, una excesiva presión sobre los recursos turísticos de la misma, una alteración ecológica, territorial y paisajística inaceptables, ni una afección excesiva sobre la sociedad residente, y disponiendo de los equipamientos, servicios e infraestructuras generales precisos para el desarrollo de la actividad y de la población de servicios que demande”.

Trasladado ese criterio a lo que aquí se trata, no parece concebible la compatibilidad de un modelo de desarrollo territorial sostenible con una normativa (exclusivamente turística, civil o urbanística) que permita la irrupción de nuevos usos turísticos sin límite o condicionante alguno, y al margen de cualquier tipo de planificación y su correspondiente evaluación ambiental estratégica, en los diferentes suelos urbanos, urbanizables o incluso rústicos, cómo ha sucedido con ocasión de la inmensa mayoría de las regulaciones autonómicas relativas a las viviendas vacacionales o turísticas.

Específicamente, la habilitación del uso turístico de viviendas en un determinado ámbito debe ser una excepción, y deberá también ir avalada por el correspondiente estudio de determinación de la capacidad de carga (o límites de cambio aceptable, o indicadores de sostenibilidad⁴⁹, o todos ellos conjuntamente), que evalúe, entre

turismo rural), sin que ello suponga una discriminación arbitraria ni para unos ni para otros sino todo lo contrario, pues se trata de una determinación de ordenación territorial y urbanística destinada a preservar los valores propios de dicha clase y categoría de suelo sin desvirtuarlos o ponerlos en riesgo, optando por las actividades que se correspondan con la naturaleza de las fincas y excluyendo otros usos extravagantes o impropios de aquella.

⁴⁹ Un buen ejemplo lo encontramos en el Sistema municipal de indicadores de sostenibilidad con el referido al equilibrio entre actividad y residencia, que “se define como la relación entre los usos no residenciales (superficie construida de uso terciario/comercial/productivo) y el número total de habitantes”. Su relevancia deriva de que permite “Valorar la mezcla de funciones y usos urbanos en un mismo espacio urbano residencial. Esta mezcla genera patrones de proximidad para mejorar la autocontención laboral, evitando así desplazamientos motorizados, y la proximidad de los residentes a los servicios básicos de uso cotidiano. La reserva de espacio para locales comerciales, oficinas u otros usos relacionados con la actividad es esencial para poder acoger una determinada densidad de actividad y, por tanto, de aumentar la probabilidad de intercambio y contacto entre personas jurídicas. Los sectores mono funcionales, tanto residenciales como de actividad (grandes superficies comerciales), generan un alto número de desplazamientos en vehículo motorizado. La calle se configura como conector de actividades laborales, de ocio y de residencial. La presencia de actividades de forma continua favorece la creación de trayectorias peatonales atractivas y seguras entre puntos de atracción de la ciudad”.

Otros indicadores también son útiles, como el referido a la satisfacción de los ciudadanos con la comunidad local, que “expresa el grado de satisfacción ciudadana mediante el porcentaje de ciudadanos satisfechos o insatisfechos en relación con su ciudad, de forma general y con respecto a determinados aspectos del municipio: vivienda, servicios, enseñanza, seguridad, zonas verdes, etc.”, y sin lugar a dudas también el referido a la densidad de población, especialmente el subindicador referido a la densidad de población total (hab/ha): [(población de derecho (empadronada)+población flotante (número de turistas))/suelo urbano municipal].

otras, la capacidad social (efectos sobre la población residente, sobre sus condiciones urbanas, habitacionales, de mercado de trabajo y de entorno cultural, así como su afición a los servicios educativos, sanitarios y de bienestar social disponibles) e incluso la propia capacidad de carga turística (número máximo de personas que pueden visitar un lugar turístico sin dañar el medio físico, económico o sociocultural, y sin reducir de manera inaceptable la calidad de la experiencia de los visitantes)⁵⁰. Tan solo si el resultado de esa previa evaluación es favorable podrá admitirse y a autorizarse el uso turístico de viviendas.

Por todas estas razones, han sido y son múltiples las voces autorizadas que reclaman un tratamiento urbanístico singular y especializado respecto de los suelos de uso turístico, y ello con la finalidad de alcanzar el necesario equilibrio del uso turístico, puesto que al igual que ha permitido un desarrollo económico y social sin parangón en muchos territorios, no es menos cierto que el modelo tradicional de implantación de ese uso turístico, tanto en España como en otros muchos territorios, ha generado múltiples problemas de carácter ambiental, territorial, cultural, social y convivencial⁵¹, de modo tal que se ha formulado la paradoja del uso turístico: el uso turístico puede llegar a hacer desaparecer el uso turístico.

Pero lo que más importa destacar aquí es la tradicional ausencia de un tratamiento específico, desde la perspectiva urbanística, del suelo con destino turístico, que tenga presentes las diferentes necesidades de desarrollo del suelo para este tipo de usos y las diferentes externalidades y consecuencias que se producen como consecuencia de la implantación de actividades propiamente turísticas. Un ejemplo de ello es que frente a la decisión del legislador canario de establecer diferentes estándares en suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable según se trate de suelo cuyo destino sea predominantemente residencial, de suelo turístico o de suelo con destino industrial o dedicado a actividades del sector económico terciario (art. 138 Ley 4/2017), el legislador balear sigue tratando del mismo modo los ámbitos de uso predominante

https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/medio-ambiente-urbano/SISTEMA_MUNICIPAL_INDICADORES_SOSTENIBILIDAD_tcm30-181856.pdf

⁵⁰ El indicador referido a número de turistas extranjeros por habitante es de uso común pues “permite evaluar la presión que ejerce el turismo. Una alta proporción de turistas extranjeros por habitante conlleva una mayor necesidad de recursos, una mayor degradación del medio y una superior generación de residuos. La relación turistas/residentes es útil para medir la calidad de vida de éstos últimas”.

<https://medioambiente.jcyl.es/web/es/planificacion-indicadores-cartografia/numero-turistas-extranjeros-habitante.html>

⁵¹ Las causas de ese fenómeno son múltiples y diversas, pero deben destacarse algunas de ellas que resultan especialmente significativas. Entre ellas ha estado la perspectiva economicista, individualista y parcial de los diferentes desarrollos urbanísticos-turísticos, muy vinculados a la rentabilidad propia del negocio inmobiliario y bastante ajenos a una perspectiva netamente turística, desarrollándose además esa actividad al margen del más mínimo planeamiento territorial que velase por el interés supramunicipal y territorial del espacio turístico, pues si algo es incuestionable es el valor esencial de la actividad turística para la economía, la fiscalidad y el empleo tanto en el ámbito local como regional y nacional.

residencial que los de uso turístico (art. 43 Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears).

Todo ello nos conduce a la decisión final del planificador urbanístico, la asignación de usos pormenorizados mediante la técnica de la calificación, respecto de la cual, como ya se anticipó, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1997 había dicho que *“se inspira por el contrario en un sistema de “numerus apertus”, sin tipificación legal de categorías, pues es la imaginación del planificador la que inventa los tipos tanto en su denominación como en su contenido”*.

Tal afirmación debe ser hoy en día muy matizada, en el sentido de que el margen de discrecionalidad del planificador a la hora de calificar el uso turístico de viviendas como residencial ha desaparecido fruto de las decisiones judiciales, debiendo ahora atender a la anteriormente expresada exigencia de seguridad jurídica, que demanda claridad y exige evitar la generación de situaciones objetivamente confusas. Veamos ahora cuales con esos límites jurisprudenciales.

En palabras del Tribunal de Justicia de la UE, la actividad de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuadas de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo, tanto con carácter profesional como no profesional, ejercida a título individual por una persona jurídica o por una persona física, está comprendida en el concepto de «servicio», en el sentido del artículo 4, punto 1, de la Directiva 2006/123, servicio que entraría en la categoría de los servicios relacionados con los inmuebles, así como los relacionados con el turismo. Por lo tanto, si es un servicio, que lo es, en ningún caso podrá incluirse ni calificarse como un uso residencial de ningún tipo. Deberá englobarse en la categoría correspondiente a los diferentes servicios asimilables a aquel, puesto que es precisamente esa consideración del uso turístico de viviendas como servicio lo que permite la permanente invocación de la Directiva 2006/123 para amparar la viabilidad de su ejercicio.

Por su parte, para el Tribunal Supremo, la calificación ---desde una perspectiva urbanística--- de las viviendas de uso turístico como una actividad de equipamiento ---impidiendo su consideración urbanística como estrictamente residencial--- se presenta como razonable.

Ese razonamiento toma como base que el uso residencial da respuesta a las necesidades de vivienda de la población y se dirige a satisfacer el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, y se caracteriza por desarrollarse en los edificios destinados al alojamiento estable y permanente de las personas, sin que estas características de estabilidad y permanencia puedan predicarse de los ocupantes de las viviendas de uso turístico, que son consideradas como viviendas que se ofrecen o comercializan como alojamiento temporal, en las que late lo transitorio y circuns-

tancial, por motivos turísticos o vacacionales. Por esa razón encajan en el uso equipamental, que cuenta con una connotación distinta, ya que el mismo comprende las actividades destinadas a dotar al ciudadano de los servicios necesarios para su esparcimiento, educación, enriquecimiento cultural, salud, asistencia, bienestar y mejora de la calidad de vida.

Por lo tanto, nuevamente, debe decirse que en ningún caso el uso turístico de viviendas podrá incluirse ni calificarse como un uso residencial de ningún tipo, y deberá calificarse en cualquier otra categoría tal como equipamiento, terciario, hospedaje u otra similar y adecuada fruto de la imaginación del planificador.

Por otro lado, según el mandato del legislador estatal, el suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos que disponga la legislación en la materia, al que la propia Constitución vincula directamente con la regulación de los usos del suelo de acuerdo con el interés general en su artículo 47, por lo que la habilitación del uso turístico de viviendas tendrá carácter excepcional, frente al ordinario de destinar las viviendas a residencia habitual, y tendrá que venir avalado por los correspondientes documentos urbanísticos (básicamente la memoria del correspondiente plan) y ambientales (estudio ambiental estratégico, estudio de capacidad de carga, etc.). Por lo tanto, el planificador, a la hora de establecer la correspondiente ordenación de usos pormenorizados, calificación, está limitado y constreñido por esos imperativos legales y constitucionales, y sólo podrá acceder al uso turístico de viviendas cuando en el correspondiente ámbito territorial esté debidamente cubierto el derecho de los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Atendiendo a que uno de los principios básicos de buena regulación es aquel que exige que cualquier iniciativa normativa se ejerza de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, con el fin de garantizar el principio de seguridad jurídica y generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas, es exigible de los legisladores autonómicos, como competentes en materia de legislación turística, así como de los planificadores territoriales y urbanísticos, una correcta definición y utilización de los conceptos. En ese sentido, recordar, como bien hace el TSJ del País Vasco de 11/06/2019 (Roj: STSJ PV 2007/2019 - ECLI: ES:TS-JPV:2019:2007), que existe una importante legislación sobre vivienda, que define aquello que debe considerarse como vivienda, algo totalmente ajeno al uso turístico: *“...y en el cumplimiento del derecho subjetivo a la vivienda en los términos de la Ley vasca 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, que conceptúa la vivienda como domicilio, morada u hogar estable en el*

que sus destinatarios o usuarios puedan vivir con dignidad, salvaguardar su intimidad y disfrutar de las relaciones familiares o sociales teniendo derecho legal a su ocupación y utilización (art.1) y le asigna el cumplimiento de la función social que dicha definición entraña (art.4)⁵².

En esa línea, la ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda de Canarias, su artículo 1.2 destaca que *“En materia de vivienda, forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad privada el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico en coherencia con la función social que debe cumplir, así como mantener, conservar y rehabilitar la vivienda en los términos contemplados en la legislación vigente”*⁵³.

Por lo tanto, la implantación de un uso turístico en tales inmuebles, al menos en los casos de uso permanente o principal, debería conllevar la supresión de la con-

⁵² Debe recordarse que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho uso del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos para proteger el derecho fundamental al respeto del domicilio frente a las inmisiones no tolerables, de tal modo que *“el disfrute efectivo del derecho al respeto del domicilio requiere que el Estado adopte todas las medidas razonables y adecuadas necesarias para proteger a las personas de daños graves a su entorno (Tătar c. Rumanía, § 88) “y “el Estado debe lograr un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos en juego (Fadeieva c. Rusia, § 93; Hardy y Maile c. Reino Unido, § 218)”*.

“Cuando tales molestias van más allá de las dificultades ordinarias entre vecinos (Apanasewicz c. Polonia, § 98) pueden afectar al disfrute pacífico del domicilio, ya sean causadas por particulares, actividades comerciales u organismos públicos (Martínez Martínez c. España, §§ 42 y 51). Si se alcanza el nivel de severidad requerido, las autoridades, debidamente informadas sobre las molestias, deben adoptar medidas diligentes para garantizar el respeto del derecho al disfrute pacífico del domicilio (Mileva y otros c. Bulgaria, § 97)”.

Tribunal Europeo de derechos Humanos. Guía sobre el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_SPA.pdf

⁵³ Dicho precepto fue objeto de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de abril de 2018, cuyo fallo declara que el artículo 1.2 de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda de Canarias es conforme a la Constitución, interpretado de acuerdo con el fundamento jurídico 5 a) de dicha Sentencia:

“5... En el presente caso, tomando en consideración el contexto normativo en que se incluye la expresa mención que el artículo 1.3 hace a que ese deber «forma parte del contenido esencial del derecho a la propiedad» y, especialmente, teniendo en cuenta que también se afirma que dicho deber forma parte de ese contenido esencial en la medida en que está previsto en el ordenamiento jurídico, hay que deducir que ello no implica una regulación que imponga ese deber como configurador del real contenido esencial de aquel derecho. Desde esa comprensión, y así interpretado el contenido del artículo 1.3 impugnado, no cabe considerar que suponga una innovación del contenido esencial del derecho de propiedad de las viviendas sitas en la Comunidad Autónoma de Andalucía, configurado en el artículo 33 CE, tal como reprocha el Abogado del Estado.

...Así, en el fundamento jurídico 17 de la tantas veces citada STC 16/2018 argumentamos lo siguiente: «A diferencia de lo sostenido en la demanda, este Tribunal aprecia que el legislador del derecho de propiedad, aparte del necesario respeto a su contenido esencial que predica el art. 53.1 CE de ‘los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título’, no encuentra otro límite que el de no sobrepasar el ‘equilibrio justo’ o ‘relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida’ (por todas, asunto James y Otros c. Reino Unido, 21 de febrero de 1986, § 50), teniendo en cuenta que en las decisiones de índole social y económica se reconoce al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus disposiciones ...

... aunque este precepto contiene una restricción relevante para el titular del derecho de propiedad, el legislador, como explica la exposición de motivos de la norma, la adopta «en función de un fin de relevancia constitucional como es garantizar el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47.1 CE), a lo que se une que un análisis de dichas medidas, respetuoso del amplio margen de apreciación que incumbe al legislador en este ámbito, conduce a este Tribunal a concluir que con ellas no se desborda el justo equilibrio entre los medios empleados y la finalidad pretendida».

sideración de vivienda de tales inmuebles, sustituyendo tal término por otro más adecuado y que no genere confusión, como bien podría ser el tradicional de apartamento turístico, villas, bungalós, etc. estableciendo las subcategorías que se consideren oportunas (residencial, de temporada, unifamiliar, aislado, colectivo, urbano, rural, histórico...). Un ejemplo de lo condicionados que se han sentido los gobiernos autonómicos, llegando a producir conceptos y términos de difícil distinción, conocimiento y comprensión por las personas y empresas, lo encontramos en el Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia, pues como se comprueba en su propio título la confusión de términos es total.

No obstante, debe advertirse que todas estas limitaciones y pautas de actuación no impiden al planificador establecer determinaciones que permitan la implantación del uso turístico responsable, integrando en el tejido urbano el uso turístico, en la modalidad que se considere adecuada, cuando resulte compatible con la función residencial.

Para viabilizar tal implantación el planificador usará las clasificaciones de usos que estime pertinentes, pero siempre respetando los criterios y límites expuestos en los párrafos anteriores. En tal sentido, si se toma como referencia la clasificación del PGOU de Madrid⁵⁴, distinguirá entre usos cualificados, compatibles (asociados, complementarios, alternativos) autorizables, provisionales y prohibidos. En ese caso parece que el uso turístico de viviendas encajaría bien en la categoría de usos autorizables entendidos como aquellos en que es posible su implantación a través de un plan especial (u otra figura similar de planeamiento) que analizará su viabilidad en función de la incidencia urbanística en su ámbito de implantación.

En ese análisis deberá distinguirse las diferentes modalidades de ese uso, debiendo necesariamente establecer, entre otras, una distinción entre «pares» (particulares que ofrecen servicios de manera ocasional⁵⁵) y profesionales⁵⁶. Respecto de los

⁵⁴ [https://www.madrid.es/UnidadWeb/UGNormativas/Normativa/2010/Ficheros/NN.UU.%20PGOUM-97%20\(edición%20original%20impresa\)_con%20marcadores.pdf](https://www.madrid.es/UnidadWeb/UGNormativas/Normativa/2010/Ficheros/NN.UU.%20PGOUM-97%20(edición%20original%20impresa)_con%20marcadores.pdf)

⁵⁵ Por ejemplo, una vivienda puede tener un uso residencial habitual familiar o por estudiantes durante un período superior a 183 días al año y ser compatible con un uso turístico durante un período no superior a 90 días al año durante los meses de verano.

⁵⁶ Esa es una de las recomendaciones de la UE, según la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa (2017/2003(INI): “18. Insta a la Comisión a que colabore con los Estados miembros para ofrecer nuevas orientaciones sobre el establecimiento de criterios eficaces que permitan establecer una distinción entre «pares» (particulares que ofrecen servicios de manera ocasional) y profesionales, lo que es esencial para el correcto desarrollo de la economía colaborativa; señala que estas orientaciones deben aportar claridad y seguridad jurídica y tener en cuenta, entre otras cosas, las diferentes legislaciones de los Estados miembros y sus realidades económicas, como el nivel de ingresos, las características de los sectores, la situación de las microempresas y las pequeñas empresas y el fin lucrativo de la actividad; opina que el establecimiento de una serie de principios y criterios generales

primeros debe destacarse la importancia que tradicionalmente ha tenido en nuestro país el arrendamiento de vivienda durante la temporada de verano con fines evidentemente turísticos, y que podría encajarse en la categoría de usos compatibles con el residencial sin desvirtuar éste como uso principal y característico.

Para rematar este apartado parece oportuno indicar un ejemplo claro de la incidencia de la clasificación, categorización y calificación del suelo en la implantación del uso turístico, que se encuentra en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, pues somete a evaluación de impacto ambiental la implantación de alojamientos turísticos en función de la clase y categoría de suelo⁵⁷, de tal modo que se acredita que desde la perspectiva ambiental el uso turístico es muy relevante, hasta el punto de someterlo a evaluación de impacto ambiental en suelo no urbanizable, sin que de ello pueda deducirse, por supuesto, que resulta inocuo cuando se proyecte para el suelo urbano por el hecho de que no se someta a evaluación de impacto ambiental⁵⁸.

3. La conveniencia y oportunidad de la habilitación de nuevos instrumentos de ordenación urbanística del uso turístico de viviendas

Respecto de la figura de planeamiento adecuada para llevar a cabo la tarea de ordenación pormenorizada del uso turístico de viviendas cabe señalar que se han utilizado diversos instrumentos con diferente éxito. Un primer ejemplo podría ser el uso directo del plan general, como en el caso de la Modificación pormenorizada del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao, en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico, avalada por la STS 1550/2020, pero siendo incuestionable que un plan general pueda establecer directamente esta ordenación parece evidente que al margen de la conveniencia y oportunidad de examinar el fenómeno desde la perspectiva urbanística global del municipio, que sin duda debe hacerse con ocasión de las revisiones de estos planes, ésta no puede ser la única vía por su complejidad

a escala de la Unión y una serie de umbrales a escala nacional podría ser la manera de proceder, e insta a la Comisión a que realice un estudio sobre esta cuestión;..."

⁵⁷ En su Anexo I, proyectos sometidos a la evaluación ambiental ordinaria regulada en el título II, capítulo II, sección 1.ª, Grupo 9, a), 10º, incluye las instalaciones hoteleras en suelo no urbanizable, y el ANEXO II, Proyectos sometidos a la evaluación ambiental simplificada regulada en el título II, capítulo II, sección 2.ª, grupo 9, las instalaciones hoteleras fuera de suelo urbanizado, definidas en su Parte C: "Instalación hotelera: A los efectos de esta ley, se considerarán como instalaciones hoteleras aquellos alojamientos turísticos habilitados para el público", conforme a la cual deberían incluirse en tal concepto las viviendas de uso turístico permanente o habitual.

⁵⁸ De hecho, la normativa autonómica sobre actividades clasificadas suele incluir a los alojamientos turísticos entre ellas. Por ejemplo, en las Islas Canarias, Decreto 52/2012, de 7 de junio, por el que se establece la relación de actividades clasificadas y se determinan aquellas a las que resulta de aplicación el régimen de autorización administrativa previa.

documental y de tramitación y la demora temporal que suponen las modificaciones del mismo frente a una realidad que exige repuestas más ágiles a través de procedimientos más simples, es decir, en palabras de dicha STS: *“Pues bien, esta legitimidad democrática de los instrumentos de planeamiento, junto con las posibilidades --y la libertad-- de la discrecionalidad técnica, y la autonomía local, son los principios que, en un marco de seguridad jurídica, posibilitan las necesarias modificaciones urbanísticas de una ciudad. Se tratan de planificar, a tiempo, y llevar a cabo, con decisión, grandes decisiones estratégicas de futuro, que, lamentablemente, exceden, en su tramitación, del tiempo político de una legislatura, y que se complementan con los instrumentos de planeamiento puntuales, sectoriales o coyunturales de cada sucesiva legislatura”*.

La segunda vía utilizada ha sido la del plan especial, que también ha sido validado por la jurisprudencia como un instrumento idóneo a tal efecto, pudiendo citar sentencias como la del TSJ de Madrid, Sala de lo contencioso administrativo número 14/2021, de 14 de enero, aunque en otros casos ha decaído, fundamentalmente por las propias deficiencias del plan especial pero no porque no se considerase un instrumento inicialmente válido. La citada sentencia recuerda que *“En definitiva, siguiendo con el análisis de nuestra jurisprudencia, el plan especial no puede clasificar el suelo pero sí calificarlo, estableciendo para ello asignaciones de usos pero también limitaciones a los mismos, ya de conformidad con lo dispuesto en el planeamiento general, ya sin sujeción a él (para el supuesto de que sea autónomo). Así lo declara la STS de 15 de noviembre de 1995 (rec. 4099/1991)..., expresa que el que tales planes especiales «pueden modificar el Plan General es algo admitido por el precepto citado» Precisa con ello que el que «puedan asignar usos al suelo está reconocido en el artículo 85-1 del Reglamento de Planeamiento (se entiende, asignación que modifique la realizada por el Plan General, que ha de haberla hecho previamente en el suelo urbano,... Y advierte que «la única limitación es que esa modificación no altere la “estructura fundamental” del Plan General. Qué haya de entenderse por tal lo explican los..., a saber, la definición y asignación de usos globales y su intensidad y la definición de los sistemas generales» [F.D. 3ª]”*.

Una tercera vía ha sido la relativa a las ordenanzas municipales, objeto de examen, por ejemplo, en la STSJ del País Vasco núm. 1/2020, de 9/1/2020, Roj: STSJ PV 195/2020, con referencia a las denominadas “ordenanzas municipales complementarias de la ordenación urbanística” establecidas como preceptivas por el artículo 75 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo del País Vasco, que se aprueban conforme a la legislación de régimen local. Según la STSJ no son un mecanismo válido para regular el uso turístico de viviendas pues *“Son instrumentos complementarios, no definitorios; y no pueden, por lo tanto, definir o concretar el contenido del derecho de la propiedad del suelo, que es propia de los instrumentos de planeamiento y ordenación territorial. Y son complementarios en relación con la urbanización, la construcción y la edificación. Es decir, el art. 75 de la LS 2/2006 no contempla las Ordenanzas como instrumentos normativos capaces de establecer las condiciones de implantación de usos urbanísticos...El art. 75 de la LS 2/2006 no permite desarrollar, ni complementar, ni reajustar la ordenación urbanística estructu-*

ral, ni la ordenación urbanística pormenorizada, y se limita a posibilitar que se complementen las condiciones de urbanización, construcción y edificación⁵⁹.

A la vista de las tres alternativas examinadas parece claro que los legisladores autonómicos deban impulsar la correspondiente reforma legal para crear ya, de inmediato, instrumentos específicos de ordenación urbanística del uso turístico de viviendas, y deberán hacerlo contemplando tales instrumentos en sus múltiples facetas y fines, que van desde la ordenación propiamente turística, pues ya se ha acreditado en la mención a la experiencia balear y canaria la necesidad de planificar, ordenar, controlar y limitar la implantación territorial de alojamientos turísticos, a la perspectiva de la garantía efectiva del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, a la preservación del entorno urbano, a la garantía de la sostenibilidad general y específicamente urbana, etc.

Debe definirse un instrumento ágil, de contenido sucinto y procedimiento abreviado cuyo objetivo sea la adaptación turística autónoma y directa, bien de los Planes Generales bien de los planes de ordenación territorial supramunicipal en aquellos casos en que así lo demande la realidad social, definiendo el correspondiente régimen de usos para cada una de las zonas en que, en su caso, se divida el territorio objeto de ordenación. La norma de creación de ese instrumento debería incluir además las correspondientes normas técnicas de planeamiento que normalicen y homogenicen las definiciones, categorizaciones y usos, y la determinación de estándares mínimos de equipamientos y dotaciones que habrán de acompañar y condicionar la implantación del uso turístico de viviendas.

Entre ese contenido sucinto debería incluirse la obligación de incorporar un estudio de capacidad de carga cuyo contenido debe determinarse legal o reglamentariamente, y que no podrá obviar los efectos sobre la población residente, sobre sus condiciones urbanas, habitacionales, de entorno cultural, afición a los servicios de transporte, educativos, sanitarios y de bienestar social disponibles, etc.

Igualmente debería incluir un sistema de indicadores de sostenibilidad urbana, cuyo contenido mínimo también debería desarrollarse legal o reglamentariamente,

⁵⁹ La Sala de Bilbao insiste en ello de forma clara: “Como hemos expuesto anteriormente el art. 75 de la LS 2/2006 contempla las Ordenanzas urbanísticas como instrumentos complementarios de la ordenación en relación con la urbanización, la construcción y edificación. No contempla las Ordenanzas como instrumentos normativos para regular, modificar, complementar, desarrollar, o reajustar los usos urbanísticos. En este sentido el art. 8.4 párrafo último del PGOU es una norma que habilita la “desplanificación”, al posibilitar que mediante una Ordenanza se modifique la sistematización y regulación de los usos urbanísticos, sin modificar la norma de planeamiento general o especial. El pronunciamiento de la Sala se limita al que resulta imprescindible en el contexto de una impugnación indirecta, en cuanto la propia Ordenanza se apoya en el art. 8.4 del PGOU, en su párrafo último, precepto que considera la Sala que es nulo por contravenir el art. 75 de la LS2/2006, que no contempla como contenido de las Ordenanzas urbanísticas el determinar las condiciones de implantación de usos urbanísticos. Y, por lo tanto, procede igualmente declarar la nulidad de la Ordenanza al regular determinaciones que no son propias de su rango normativo”.

que permita el seguimiento periódico de la ejecución y resultados de la nueva ordenación, y que deberían dar lugar a la revisión obligada del instrumento en caso de que se superen los límites de cambio aceptables también establecidos en aquel.

Desde la perspectiva del procedimiento parecería más ágil y eficaz la figura de las ordenanzas municipales tramitadas conforme a la legislación de régimen local, pero es cierto que, recogiendo las palabras del TSJ del País Vasco se estaría produciendo una cierta “desplanificación”, *al posibilitar que mediante una Ordenanza se modifique la sistematización y regulación de los usos urbanísticos, sin modificar la norma de planeamiento general o especial*, y como es cierto que se estaría definiendo o concretando finalmente el contenido del derecho de la propiedad del suelo, que es propia de los instrumentos de planeamiento y ordenación territorial, parece más racional apostar por un plan especial de naturaleza y procedimiento singular⁶⁰, y además es más acorde con nuestra tradición urbanística pues no en vano ya en nuestra legislación urbanística de 1976 se permitía su actuación en desarrollo de las previsiones contenidas en los Planes Generales Municipales o incluso en los Planes Directores Territoriales de Coordinación y sus finalidades eran muy diversas, desde la *“ordenación de recintos y conjuntos artísticos, protección del paisaje y de las vías de comunicación, conservación del medio rural en determinados lugares, reforma interior, saneamiento de poblaciones y cualesquiera otras finalidades análogas”*, y además *encaja perfectamente con el hecho de que su relación con el planeamiento general no se explica exclusivamente por el principio de jerarquía sino que, como recuerda la STSJ M 2/2021 “podrán establecer modificaciones contrarias a las del planeamiento general cuando ello sea necesario para la adecuada consecución de sus fines. Los Planes Especiales tienen, por tanto, un ámbito propio, cuya delimitación deriva de la regulación legal de sus objetivos posibles y de la prohibición de sustitución del planeamiento general en la función que le es propia: ordenación integral del territorio y, concretamente, clasificación del suelo y configuración de los sistemas generales”*.

Otro elemento a tener en cuenta en la alternativa entre plan especial y ordenanzas sería el referido a la necesidad de evaluación ambiental estratégica que, en todo caso debería ser simplificada, y no parece que sea un elemento prescindible cuando precisamente invocamos para justificar la necesidad de este instrumento de ordenación razones imperiosas de interés general como la preservación del entorno urbano, por lo que sería otro argumento en favor del plan especial ya que aquella evaluación no tiene cabida en el trámite ordinario de las ordenanzas.

⁶⁰ Un ejemplo serían los planes de modernización, mejora e incremento de la competitividad de las Islas Canarias, de tramitación abreviada y fase única, que son instrumentos de ordenación urbanística que complementan y, en su caso, sustituyen a las determinaciones urbanísticas vigentes, con objeto de viabilizar la renovación urbana y edificatoria.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La relación entre la Directiva de servicios y sus normas de transposición con el ejercicio de las potestades públicas de ordenación e intervención urbanística sobre el uso turístico de viviendas es ya una relación de compatibilidad declarada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE y el Tribunal Supremo sobre la base de que las determinaciones impuestas por estas vienen avaladas por razones imperiosas de interés general, que han de estar, por supuesto, debidamente acreditadas en cada supuesto concreto.

SEGUNDA.- La Directiva de servicios no ha supuesto ni supone una alteración de iure ni de facto del contenido del derecho de la propiedad inmobiliaria, que sigue siendo el resultado de la aplicación de la legislación del suelo estatal, la legislación urbanística autonómica y el planeamiento territorial y urbanístico, de modo tal que el uso turístico de viviendas no se integra en el contenido natural de aquel, y tampoco se corresponde con un uso residencial sino con un servicio de carácter económico y turístico, que ha de venir habilitado expresamente por el planeamiento correspondiente y no puede considerarse ab initio como propio o compatible con el uso residencial, vinculado a un domicilio habitual o permanente.

TERCERA.- Es urgente y necesaria la adaptación de toda la normativa autonómica reguladora del uso turístico de viviendas, que debe hacerse mediante el ejercicio conjunto, en una única norma, de las competencias en materia de turismo, urbanismo y ordenación del territorio, vivienda, patrimonio histórico y medio ambiente, que tome como punto de partida la proclamación de que el uso turístico no forma parte del derecho de propiedad de una vivienda salvo expresa habilitación de tal uso por el planeamiento urbanístico pues el suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, constitutiva de domicilio habitual.

En el mismo sentido debe llevarse a cabo la adaptación del planeamiento urbanístico sobre la base de una adecuada evaluación ambiental, zonificación y calificación, para ordenar el uso turístico de viviendas a través de instrumentos específicos, de contenido sucinto y tramitación abreviada ante la dimensión que el fenómeno está alcanzando y las distorsiones que provoca, para evitar perjuicios de imposible o muy difícil reparación y desde la perspectiva de su excepcional habilitación en aquellos casos en que los correspondientes estudios previos lo estimen acorde con las exigencias de sostenibilidad de todo el sistema urbano. Esa adaptación deberá incluir las oportunas disposiciones de derecho transitorio sobre los establecimientos preexistentes.

CUARTA.- Igualmente es urgente y necesaria una adaptación de toda la normativa reguladora de los diferentes regímenes de vivienda colectiva y copropiedad inmobiliaria que, desde la perspectiva civil, y teniendo en cuenta la intensidad adicional de uso que implica el uso turístico, eviten la implantación unilateral del uso turístico de una vivienda por parte de un propietario y habiliten mecanismos de reacción ágiles y efectivos frente a aquella por parte del resto de los propietarios, en garantía de la adecuada convivencia de los usos residencial y turístico.

QUINTA.- El ejercicio efectivo de la adaptación normativa y del planeamiento a que se ha hecho referencia no es una mera opción para los poderes públicos responsables, sino un imperativo legal para hacer efectivos derechos fundamentales que van desde el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada como domicilio habitual al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona e incluso al derecho al respeto de la vida privada y familiar y de su domicilio proclamado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y ello sin menoscabo del derecho a la propiedad privada adecuadamente delimitado en razón de su función social.

SEXTA.- No podrá habilitarse el uso turístico de viviendas salvo que quede acreditada en los correspondientes estudios ad hoc la disponibilidad para la ciudadanía de un número suficiente de viviendas que garanticen la efectividad de su derecho a disfrutar, en propiedad o en alquiler, de una vivienda digna y adecuada como domicilio habitual en el área territorial objeto de ordenación urbanística.

SÉPTIMA.- Desde la perspectiva de la ordenación del uso turístico de viviendas es necesaria una regulación sectorial específica de sus requisitos técnicos, pues no puede admitirse una dispensa singular y discriminatoria favorablemente de este tipo de establecimientos respecto de los demás inmuebles destinados a uso turístico, al menos en cuanto se refiere a habitabilidad, medidas contraincendios, responsabilidad civil, equipamientos complementarios, accesibilidad, identificación, categorías, etc. y servicios mínimos a prestar a los huéspedes, al menos respecto de aquellas viviendas que vayan a destinarse habitualmente a tal uso, distinguiendo así entre operadores profesionales y particulares que ofrecen servicios de manera ocasional o temporal.

OCTAVA.- En aquellas Comunidades Autónomas donde la presencia del uso turístico de viviendas y otros establecimientos de alojamiento turístico resulta significativa, la legislación urbanística deberá incorporar estándares específicos de equipamiento urbano complementario al uso turístico, que deberán cumplirse en aquellos supuestos de habilitación de tal uso, graduados en función de la intensidad de éste. En el mismo sentido, deberían incorporar a su normativa la correspondiente metodología de estudios de capacidad de carga y la implantación de indicadores de

sostenibilidad relativos al uso turístico de viviendas y otros establecimientos de alojamiento turístico, tales como el relativo a la proporción entre población residente y turistas, porcentaje de renta destinada a la adquisición o alquiler de vivienda para domicilio habitual, etc.

NOVENA.- Es necesario un régimen urbanístico específico del suelo de uso turístico y, en aquellos territorios donde la presencia de la llamada “segunda vivienda” es significativa, la legislación urbanística debería considerar tal uso como propiamente turístico y no residencial, y de este modo incorporar un régimen jurídico especial de este tipo de suelos, especialmente en lo referido a equipamientos y dotaciones singulares y a la participación singular en las cargas derivadas de la implantación y mantenimiento de los servicios mínimos esenciales. En todo caso, la clasificación y calificación de este tipo de suelos habrá de respetar el principio de uso eficiente del suelo y la reducción del consumo de recursos naturales.

DÉCIMA.- En tanto en cuanto no se lleven a cabo aquellas adaptaciones y modificaciones el régimen de intervención administrativa sobre el cambio de uso constituye un mecanismo esencial para impedir o habilitar el uso turístico de viviendas, sobre la base de que dicho uso turístico nunca deberá considerarse incluido en el residencial sino en el de equipamiento, servicios o similares, salvo que el planeamiento vigente disponga lo contrario. Una vez producidas aquellas, la intervención sobre el cambio de uso no debe desaparecer, sino que seguirá cumpliendo una función similar pero ya sobre una base jurídica pormenorizada y, por tanto, más dotada de seguridad jurídica para todos los operadores.

BIBLIOGRAFIA

ARROYO ALBA, M. Acceso a la vivienda en contextos de gentrificación y turistificación urbana, en *Tendencias sociales, Revista de sociología UNED*, núm. 4 (2019). <http://revistas.uned.es/index.php/Tendencias/article/view/25258/20078>

ESPINAR CORTÉS, E., Gentrificación y turistificación. Universitat de les Illes Balears (2018) https://dspace.uib.es/xmlui/bitstream/handle/11201/148082/Espinar_Cortes_Estefania.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

PORTO REY, E., La ordenación urbana y las figuras de planeamiento, en *Curso básico de planeamiento y gestión. Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid*. (1987).

SOLA TEYSSIERE, J., La necesidad de un tratamiento diferenciado del suelo de uso turístico, *Revista de urbanismo y edificación*, núm. 15 (2007)

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.

1. Sentencia 109/2021, de 13 de mayo de 2021. (BOE de 15 de junio) Ponente: María Luisa Balaguer Callejón. Cuestión de inconstitucionalidad.

Preceptos constitucionales: 66.2; 134.2; 149.1.18.

Otros: 10.1.c); 35.3; 37.3; 88.1 LOTC; Arts. 53 y siguientes de la Ley de las Cortes Valencianas 11/2000, de 28 de diciembre, de medidas fiscales de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat Valenciana. Art. 76 EAV.

Objeto: Cuestión de inconstitucionalidad 5150-2019. Planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de Valencia en relación con el apartado 1 de la disposición adicional trigésima tercera de la Ley de las Cortes Valencianas 14/2016, de 30 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2017.

Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC): STC 63/1986; STC 65/1990, FJ 3; STC 237/1992; STC 234/1994, FFJJ 4 y 5; STC 174/1998 FFJJ 6 y 7; STC 203/1998, FFJJ 3 a 5; STC 76/1992, FJ 4.a); STC 237/1992, FJ 3; STC 32/2000, FJ 5; STC 3/2003, FJ 4; STC 34/2005; STC 82/2005; STC 223/2006; STC 197/2012, FFJJ 9 a 13; STC 152/2014, FJ 3; FJ 3.a); 4; 4.a); STC 9/2013, FJ 3; STC 86/2013, FFJJ 1, 3 y 4; 9; STC 206/2013, FJ 2; STC 15/2014; STC 38/2014; STC 152/2014; STC 99/2016, FJ 8; STC 123/2016, FFJJ 3 y 4; STC 122/2018; STC 9/2019; STC 44/2019, FJ 2.A).

* Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO LÓPEZ, Catedrático de Derecho Financiero. Universidad de Sevilla.

Materias: Límites materiales de las leyes de presupuestos: nulidad del precepto legal que establece un complemento específico para los puestos de jefatura de servicio o sección de personal estatutario facultativo del sistema sanitario público de la Comunidad Valenciana.

El 10 de septiembre de 2019 tuvo entrada en este tribunal oficio del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de Valencia, al que acompañó testimonio del procedimiento abreviado núm. 558-2018 y del auto dictado el 17 de julio de 2019, de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto del apartado 1 de la disposición adicional trigésima tercera de la Ley de las Cortes Valencianas 14/2016, de 30 de diciembre, de presupuestos de la Generalidad para el ejercicio 2017, por posible vulneración de los límites constitucionales del ámbito material de las leyes de presupuestos, que se contemplan en los arts. 66.2 y 134.2 CE. Se citan como antecedentes los siguientes: Susana Soler Algarra, facultativo especialista en neurofisiología clínica en el Hospital de La Fe de Valencia sin dedicación exclusiva, concurrió a la convocatoria de una plaza de jefatura de sección de su especialidad en el hospital en que trabajaba; la convocatoria establecía que *«el régimen de dedicación del personal facultativo que resulte adjudicatario de la plaza será de dedicación exclusiva»*; disconforme con este último requisito, la candidata pidió la suspensión de la convocatoria y su anulación, mediante recurso de reposición, en atención a que según la interesada la base impugnada modificaba el modelo de actuación previo, que no exigía dedicación exclusiva para las jefaturas de sección; entiende la recurrente que la previsión sería nula de pleno derecho al serlo también el precepto en que se sustenta, esto es el art. 48 del Reglamento de selección y provisión de personal estatutario al servicio de instituciones sanitarias públicas del Sistema Valenciano de Salud (Decreto de las Cortes Valencianas 192/2017, de 1 de diciembre), por contravenir los arts. 53 y siguientes de la Ley de las Cortes Valencianas 11/2000, de 28 de diciembre, de medidas fiscales de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat Valenciana, que regula los complementos del personal al servicio de las instituciones sanitarias dependientes de la Consejería de Sanidad; el recurso de reposición fue desestimado por resolución de 4 de mayo de 2018 de la citada Dirección General, denegatoria de la pretensión sobre el art. 48 del Reglamento bajo el argumento de que no cabe recurso administrativo contra las disposiciones administrativas de carácter general; considerando, además, que la base impugnada se adecuaba al reglamento, limitándose este a ejecutar lo dispuesto en la disposición adicional 33 de la LPG de la Generalitat para el ejercicio 2017. La resolución desestimatoria fue objeto de recurso contencioso-

administrativo; donde se solicitaba la anulación del punto 1 de la base primera de la convocatoria, en cuanto exige la dedicación exclusiva, pidiéndose además al juzgado que elevara cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición adicional 33 de la Ley de las Cortes Valencianas 14/2016 y que, devenido firme el eventual fallo estimatorio, elevara cuestión de ilegalidad sobre el art. 48 del reglamento de 2017; admitido a trámite el recurso y practicada la prueba propuesta y admitida, tras la formulación de las conclusiones las actuaciones quedaron vistas para sentencia; concluido el procedimiento, y antes de dictar sentencia, mediante providencia de 20 de mayo de 2019 el órgano judicial da traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que efectúen alegaciones respecto del eventual planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad sobre la DA 33 de la Ley de las Cortes Valencianas 14/2016; la recurrente se adhiere al planteamiento de la cuestión, precisando que la duda se contrae al párrafo primero de la disposición adicional 33; la parte demandada, representada por la abogacía de la Generalitat Valenciana, alega que no cabe duda de inconstitucionalidad porque la dedicación exclusiva para el desempeño de los puestos de jefatura de servicio y sección, incluida en la LPCV para 2017, guarda relación directa con los ingresos o gastos; el Ministerio Fiscal considera que concurren en este caso los requisitos para plantear la cuestión; el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de Valencia dictó auto de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad; el auto, tras recoger los hechos, las alegaciones de las partes e identificar la disposición adicional 33 de la LPG de la Generalidad para el ejercicio de 2017, como la norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, considera que esta puede ser contraria a los artículos 66.2 y 134.2 CE; el órgano judicial *a quo plantea* que esta disposición ha traspasado los límites constitucionales de contenido de las leyes de presupuestos al matizar la regulación dada en la LCV 11/2000, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat Valenciana, y en concreto la relativa a los complementos específicos de aplicación al personal al servicio de instituciones sanitarias dependientes de la entonces Consejería de Sanidad; al formular el juicio de aplicabilidad el órgano judicial sostiene que, si se declarase la inconstitucionalidad de la disposición cuestionada, el art. 48 del Reglamento de ingreso y provisión de puestos de trabajo (Decreto de las Cortes Valencianas 192/2017) carecería de cobertura legal, y procedería declararlo nulo, estimando el recurso contencioso-administrativo; por lo que hace al *juicio de relevancia*, el auto recuerda los límites materiales a las leyes de presupuestos aludiendo a las nociones de contenido propio y de contenido eventual, para asociar a este segundo la regulación de los complementos

salariales, en la medida en que pueden tener consecuencias directas sobre la reducción o el aumento del gasto público (SSTC 9/2013, , y 32/2000); se evoca la obligación del legislador de aportar las razones por las que existe una conexión directa entre el contenido eventual de la ley de presupuestos y los ingresos y gastos, en la medida en que esa conexión directa no puede presumirse (SSTC 152/2014 y 123/2016), concluyendo que el legislador no ha dado razón alguna sobre la inclusión de la disposición cuestionada en la norma presupuestaria; se argumenta que estas limitaciones son, asimismo aplicables a las leyes presupuestarias de las CCAA (con cita de las SSTC 3 y 202 de 2003), así como que la disposición cuestionada no es una norma primordialmente retributiva, aunque tenga efecto sobre las retribuciones, sino una norma de régimen de incompatibilidades, es decir, de régimen sustantivo del personal estatutario, lo cual debería quedar extramuros de la ley de presupuestos (STC 197/2012); el Pleno del Tribunal admite a trámite la cuestión planteada y reservar para sí el conocimiento de la presente cuestión [art. 10.1 c) LOTC, dando traslado de las actuaciones recibidas (art. 37.3 LOTC) al Congreso de los Diputados y al Senado, al Gobierno, a la fiscal general del Estado, a las Cortes Valencianas y al Gobierno de la Generalitat Valenciana, para que en el plazo de quince días pudieran personarse y formular alegaciones; se ordena, asimismo, comunicar la providencia al juzgado promotor de la cuestión, a fin de que el procedimiento del que emana la cuestión permaneciera suspendido hasta que el TC resolviera definitivamente la cuestión (art. 35.3 LOTC); mediante escrito registrado en este tribunal el 13 de noviembre de 2019, el presidente del Senado comunicó, en ejercicio de la delegación conferida por la mesa de la Diputación Permanente de la Cámara, que se tuviera por personada a la Cámara en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC. El Abogado del Estado renuncia a realizar alegaciones; el de la Generalitat de Valencia formula alegaciones interesando la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad: se evoca el art. 54 de la Ley de las Cortes Valencianas 11/2000 que estableció los complementos específicos aplicables al personal al servicio de las instituciones sanitarias dependientes de la Consejería de Sanidad, sobre la base de la previsión genérica establecida en el art. 2.3 b) del Real Decreto-ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud, señalándose los complementos específicos aplicables A, B y C, de donde se concluye la fundamentación de la debatida dedicación exclusiva; analizada las normas aplicables estatales y de la Comunidad Autónoma, so concluye que nada impide la regulación contenida en la disposición adicional cuestionada; analizada la estructura de las Leyes de

Presupuestos de la VC que se ocupan de los gastos de personal, regulando las retribuciones de cada colectivo, detallando las cantidades que deben percibirse, desglosadas por conceptos, y distinguiendo entre retribuciones básicas y complementarias, concluirá el el letrado de la Generalitat que la propia ley de presupuestos permite que se adecúen las retribuciones correspondientes a los puestos de trabajo que acarreen una especial responsabilidad o dedicación, como pueden ser los de jefatura, a los que se atribuye la responsabilidad del funcionamiento de la unidad correspondiente, quedando esta previsión dentro del margen previsto en la norma estatal básica que configura el complemento específico; en consecuencia considera lógico la inclusión de esta cuestión dentro de la LPCV y su utilidad de ser incluidos entre las normas presupuestarias ya que versa sobre las retribuciones del personal, puesto que tal previsión legal incide sobre el importe de los créditos anuales que deben consignarse en el capítulo de «gastos de personal» de los programas presupuestarios que financian la atención sanitaria; y que la cantidad a percibir en concepto de complemento específico B por el personal estatutario que ocupa determinadas jefaturas, está directamente relacionada con esa regulación. Asimismo se personó el Letrado de la CV y formuló alegaciones, solicitando que se dictara sentencia desestimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad planteada; en el escrito de alegaciones de las Cortes Valencianas se centra en definir el alcance del contenido normativo de las leyes de presupuestos, con referencias al Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana (EAV), a las sentencias del Tribunal Constitucional (STC 3/2003, FJ 4, y STC 223/2006) y a la doctrina jurídica sobre el instituto presupuestario; se hará referencia a que el art. 76 EAV ni autoriza ni prohíbe expresamente que la ley que aprueba el presupuesto de la Generalitat tenga contenido normativo adicional al indispensable, y se cita expresamente la jurisprudencia contenida en las SSTC 63/1986; 65/1990; 76/1992; 3/2003; 34/2005 y 82/2005; *concluyéndose que los principios generales del Derecho presupuestario inferidos del art. 134 CE son referibles a los presupuestos de la Generalitat y a la ley de las Cortes Valencianas que los ha de aprobar en cada ejercicio*. Sostendrá el letrado de las Cortes que la regulación contenida en la disposición cuestionada es sustancialmente diferente de la del Principado de Asturias declarada inconstitucional por la STC 197/2012, porque esta no regula el complemento específico B, ni invade la competencia estatal para la regulación de ese complemento, ni vulnera la normativa básica a la que hace referencia la STC 197/2012, como tampoco hay infracción de los límites materiales de la ley de presupuestos, ya que el objeto de la disposición cuestionada es determinar el complemento retributivo específico y, por ende, el régimen de dedicación de los puestos de

jefatura de servicio o sección; así el concepto retributivo sobre el que se proyecta la disposición ya estaba definido por la legislación estatal citada antes, y también –en el ámbito de los servicios de salud de la Comunitat Valenciana– por los arts. 53 a 56 de la Ley de las Cortes Valencianas 11/2000; en consecuencia, se afirma, la disposición cuestionada no modifica la configuración general del concepto retributivo, que sigue teniendo carácter renunciable para el personal estatutario facultativo del sistema sanitario público de la Comunitat Valenciana, limitándose a clasificar los puestos de jefatura de servicio y de sección. Se entenderá, desde esas perspectivas generales que la asignación imperativa del complemento específico B a determinados puestos de trabajo, con las consecuencias económicas y de régimen de dedicación que acarrea, comporta un modelo de organización del sistema público que redunde en la eficiencia y en el cumplimiento de los fines asistenciales, y que viene definido en ejecución de la política económica del Gobierno; aspecto que justifica su inclusión en los PGCV y son medidas subsumibles en el contenido político de la ley de presupuestos, que sintetiza el programa político del ejecutivo y comporta la autorización cuantitativa, cualitativa y temporal necesaria para asumir los compromisos de gasto que el programa contiene (con cita de la STC 223/2006, de 6 de julio); en consecuencia, la disposición cuestionada no excede del contenido normativo eventual que puede tener legítimamente una ley de presupuestos, sino que constituye una medida de ordenación económica y de estructuración de los puestos de trabajo de jefatura en beneficio de la eficiencia y mejor funcionamiento del sistema, al garantizar la plena y exclusiva dedicación al desempeño por quienes accedan voluntariamente. El Fiscal general del Estado propone, por el contrario, la inconstitucionalidad de la medida. Se citarán en defensa de esta posición, así como en la de la fiscalía del TC la JTC sobre los arts. 66.2 y 134.2 CE (por todas la STC 122/2018, FJ 3), reconociendo que el problema ha dado lugar a una amplia casuística, resultando que en unos supuestos se ha negado que ciertas medidas puedan tener cabida en una ley de presupuestos, aceptándose en otros; *mas en todo caso concluyendo que en el presente caso cumplen la misma función, de modo que las leyes de presupuestos de la Generalitat quedan sometidas a los mismos límites materiales y temporales que las del Estado* (STC 86/2013, , FFJJ 3 y 4). Sin embargo se considerará que la norma debatida no es precisamente una norma de naturaleza eminentemente económica a los efectos presupuestarios, sino que afecta a los requisitos para el desempeño de determinados puestos de trabajo con una cualificación especial; así, se considerará que la regulación de la dedicación exclusiva, equivalente a la determinación de la incompatibilidad, aunque afecta cuantitativamente a las percepciones económicas –aspecto concreto

propio de las leyes de presupuestos— pues forma parte de las retribuciones, se inscribe sustantivamente en el estatuto de los deberes y derechos del personal, trayendo en su apoyo la doctrina constitucional al pronunciarse sobre la naturaleza de una norma que regula la dedicación exclusiva y su naturaleza de régimen de incompatibilidad (STC 197/2012, FFJJ 9 a 13); concluirá el escrito de fiscalía que: 1.º) el complemento de dedicación exclusiva para jefaturas de servicio y sección que regula la disposición adicional cuestionada es *una norma sobre incompatibilidades*, aunque lleve consigo efectos económicos asociados; 2.º) en su formulación por el apartado 1 de la disposición adicional cuestionada *carece de efectos económicos directos e inmediatos*, pues queda supeditada a su posterior regulación y la subsiguiente convocatoria para cubrir y adjudicar las plazas, lo que acentúa su naturaleza de régimen sustantivo de las condiciones de trabajo y del servicio público sanitario a la que se orienta, al margen de los objetivos netamente presupuestarios de ingresos y gastos; 3.º) *la norma sobre dedicación exclusiva contenida en la disposición cuestionada afecta sustancialmente no a su cuantía*—que se regula en los arts. 29 y siguientes de la ley de presupuestos para 2017, y en especial en el art. 32—, *sino a la regulación de las condiciones estatutarias de trabajo, en cuanto la percepción del complemento y los efectos dedicación exclusiva*—es decir, incompatibilidad—constituye requisito de las jefaturas a las que afecta e impide mientras tanto su desempeño simultáneo con otras funciones, de donde se concluirá que la norma cuestionada tiene un contenido económico incidental y carece de la adecuada justificación y de conexión sustantiva para ser incluida en la ley de presupuestos. En similares consideraciones se declarará la recurrente, entendiéndose que la declaración de inconstitucionalidad debe alcanzar a la norma reglamentaria de remisión. Asimismo se considerará que la inconstitucionalidad planteada se funda en la infracción de los límites materiales de las leyes de presupuestos y en la contradicción con normas básicas estatales: así en lo relativo a los límites a las leyes de presupuestos se señala que la STC 123/2016, exige que la conexión con los ingresos y gastos de una disposición contenida en una ley de presupuestos sea «directa, inmediata y querida por la norma», lo cual requiere justificar las razones de tal vinculación; debiendo poseer la norma vocación de generalidad y no constituir una excepción a las reglas generales.; la regla general se desprende de los arts. 53 y siguientes de la Ley de las Cortes Valencianas 11/2000, y es la preferencia por los complementos que no comporten dedicación exclusiva (con cita de las SSTC 152/2014, 9/2013 y 38/2014) Por lo que hace a la irrenunciabilidad del complemento específico de exclusividad, esta parte evoca la STC 197/2012, que resolvió que la norma resultaba contraria a las bases estatales en materia de sanidad, resaltando que no se trataba de una norma primordialmente retributiva,

sino de régimen de incompatibilidades, es decir de régimen sustantivo del personal estatutario, excluido de la ley de presupuestos; se apreciará asimismo que la disposición cuestionada no está en consonancia con la normativa básica estatal (art. 149.1.18 CE), pues el art. 77.2 de la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, muestra una clara preferencia por la consideración del complemento específico del personal facultativo de la sanidad pública como un complemento renunciante, en línea con lo que ya preveían tanto el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, como la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que lo modificó (con cita de la STC 197/2012). El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de Valencia plantea la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el apartado 1 de la disposición adicional trigésima tercera de la Ley de las Cortes Valencianas 14/2016, de 30 de diciembre, de presupuestos de la Generalidad para el ejercicio 2017, por posible vulneración de los arts. 66.2 y 134.2 CE, al contrariar los límites señalados por la jurisprudencia constitucional al ámbito material de las leyes de presupuestos. La dicción literal del precepto cuestionado es la siguiente: *«Disposición adicional trigésima tercera. Complemento específico B para jefes de servicio y sección. 1. Los puestos de jefatura de servicio o sección de personal estatutario facultativo del sistema sanitario público de la Comunitat Valenciana, o que estén expresamente considerados equivalentes a estos, tendrán asignada la modalidad B de complemento específico, por lo que conllevarán dedicación exclusiva.*

El régimen de transitoriedad hacia esta modalidad de dedicación se desarrollará reglamentariamente. Hasta entonces continuará siendo aplicable para tales puestos la regulación contenida en los artículos 53 a 56 de la Ley de las Cortes Valencianas 11/2000, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat». Se muestran favorables a que la cuestión planteada por el juzgado sea estimada doña Susana Soler Algarra, la demandante en el proceso contencioso-administrativo, y la fiscal general del Estado. Aunque inicialmente la demandante en el proceso a quo manifestó que la duda de inconstitucionalidad se contraía al apartado 1 de la disposición adicional, en sus alegaciones ante este tribunal sostiene que el apartado 2 resultaría también inconstitucional por conexión o consecuencia, y añade que la disposición cuestionada no está en consonancia con la normativa básica estatal dictada al amparo del art. 149.1.18 CE, lo que añadiría una segunda

causa de invalidez. Por su parte, consideran que la cuestión debe desestimarse el Gobierno de la Generalitat Valenciana y las Cortes Valencianas. El auto de planteamiento considera que la disposición adicional cuestionada puede haber traspasado los límites constitucionales de contenido establecidos para esta modalidad legal en los 66.2 y 134.2 CE, al regular los complementos específicos de aplicación al personal al servicio de instituciones sanitarias autonómicas. Sostiene el juzgado que, en caso de declararse la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, el art. 48 del Reglamento de 2017 de ingreso y provisión de puestos de trabajo carecería de cobertura legal, resultaría contrario a la jerarquía normativa, y en consecuencia procedería estimar el recurso contencioso-administrativo, en el que se pretende la anulación de la base de la convocatoria del concurso para la provisión de jefaturas de servicio y sección asistenciales en varios hospitales dependientes de la administración autonómica, que desarrolla tal precepto reglamentario. Considerará el TC en relación con la delimitación del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad que respecto de la alegación de la demandante en relación con la extensión del objeto de la cuestión al párrafo 2 de la disposición adicional trigésima tercera de la Ley de las Cortes Valencianas 14/2016, de 30 de diciembre, de presupuestos de la Generalidad para el ejercicio 2017, que no accede, en este sentido, a la petición de la parte, sino que es su prerrogativa aceptar o rechazar esa pretensión, es decir, el tribunal considera de oficio si procede o no la extensión solicitada. Por lo que hace a la ampliación del parámetro de control, relacionada con la alegación de la demandante en el proceso a quo de que la disposición cuestionada vulneraría también la normativa básica estatal (art. 149.1.18 CE) y por tanto incurriría en inconstitucionalidad mediata o indirecta, considerará el Tc que ésta no es posible, en la medida en que la duda planteada por la parte no es objeto de la cuestión, ya que ésta vendrá determinada por el auto de planteamiento dictado por el juzgado considera el Tc que esta posible causa de inconstitucionalidad no fue sometida a consideración de las partes del proceso a quo y del Ministerio Fiscal en el trámite de audiencia abierto conforme al art. 35.2 LOTC, lo que determina su consiguiente exclusión conforme a reiterada doctrina del TC, al tratarse este de un trámite esencial y no haber habido oportunidad de pronunciarse sobre ello [STC 44/2019, FJ 2 a), y otras ahí citadas]; en suma, la presente cuestión ve ceñidos su objeto y fundamento a los términos en que ha sido planteada por el juzgado, sin perjuicio de la eventual declaración de inconstitucionalidad por conexión o consecuencia de otros apartados o preceptos de la misma disposición legal. Recordará el TC su Jurisprudencia acerca de los límites materiales de las leyes de presupuestos. Comenzará por recordar que en la misma se ha

sostenido repetidamente que el contenido de las leyes de presupuestos está constitucionalmente determinado partiendo de su función como norma que ordena el gasto público, de modo que estas leyes están reservadas a un contenido que les es propio, contenido que además está reservado a ellas; consiste éste en lo que repetidamente se ha denominado «*contenido esencial*», integrado por la previsión de ingresos y la habilitación de gastos, así como por las normas que directamente desarrollan o aclaran las partidas presupuestarias en que el gasto público se concreta; Adicionalmente cabe la posibilidad de que las leyes de presupuestos contengan otras disposiciones no estrictamente presupuestarias, que el Tc ha venido denominando «*contenido eventual*» o no imprescindible; constituyendo ésta una posibilidad limitada, que exige una justificación precisa por mor del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), que no es otra que «la certeza del Derecho que exige que una ley de contenido constitucionalmente definido, como es la ley de presupuestos generales del Estado, no contenga más disposiciones que las que guardan correspondencia con su función constitucional (arts. 66.2 y 134.2 CE), debido a la incertidumbre que una regulación de este tipo indudablemente origina» (STC 32/2000, FJ 5). Sostendrá el TC que no es otra la propia función que cumple la ley de presupuestos en la Constitución, con las consecuentes restricciones al debate parlamentario (apartados 1, 6 y 7 del art. 134 CE), la que fundamenta en último término la limitación del contenido de las leyes de presupuestos (STC 9/2013, FJ 3). Recordará el TC cómo las controversias respecto del alcance de las leyes de presupuestos se han suscitado, precisamente, en relación con los límites de su contenido eventual: desde la STC 76/1992, se estableció que para incluir en ellas, en forma compatible con los límites constitucionales, materias que no constituyen su núcleo esencial, mínimo e indisponible, deben cumplirse necesariamente dos condiciones: «la conexión de la materia con el contenido propio de este tipo de leyes y la justificación de la inclusión de esa materia conexas en la ley que aprueba anualmente los presupuestos generales» [FJ 4 a)]; ese mismo pronunciamiento recuerda la razón de ser de este límite: «[e]l cumplimiento de estas dos condiciones resulta, pues, necesario para justificar la restricción de las competencias del poder legislativo, propia de las leyes de presupuestos, y para salvaguardar la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 C.E., esto es, la certeza del Derecho que exige que una ley de contenido constitucionalmente definido, como es la ley de presupuestos generales, no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional (arts. 66.2 y 134.2 CE)»; insistirá en el argumento el TC: la STC 76/1992 vino a matizar expresamente la doctrina existente hasta ese momento, y la posterior STC 237/1992 dejó constancia del cambio

jurisprudencial: si bien se podrán establecer en las leyes de presupuestos «otras disposiciones de carácter general en materias propias de la ley ordinaria estatal [...] que guarden directa relación con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los presupuestos o con los criterios de política económica general en que se sustentan», se exigirá así «una relación funcional directa de las normas del texto articulado con los estados de ingresos y gastos, como “complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno”» (FJ 3); la jurisprudencia posterior ha insistido en ello, confirmando que «si bien la ley de presupuestos puede ser un instrumento para una adaptación circunstancial de las distintas normas, no tienen en ella cabida las modificaciones sustantivas del ordenamiento jurídico, a menos que estas guarden la *suficiente conexión económica* (relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno) o *presupuestaria* (para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto)» (STC 123/2016, FJ 3, y antes la STC 152/2014, FJ 4); insistirá el Tc en que sobre el requisito de la vinculación necesaria del contenido eventual con los gastos e ingresos públicos, se ha recalcado la importancia de que dicha conexión sea *«inmediata y directa»* e insistiendo en que *ello no significa sino que no pueden incluirse en las leyes de presupuestos normas «cuya incidencia en la ordenación del programa anual de ingresos y gastos es solo accidental y secundaria y por ende insuficiente para legitimar su inclusión en la Ley de presupuestos»* [STC 152/2014, FJ 4 a)]. Insistirá el Tc en que este límite requiere *particular precisión*, pues rara vez habrá medidas que sean estrictamente neutrales en relación con los ingresos y gastos públicos, dada la evidencia de que toda medida legislativa es susceptible de tener impacto en el gasto público o en la estimación de ingresos; al tiempo que precisará cómo la jurisprudencia constata que «toda medida legislativa tendrá siempre algún efecto presupuestario, porque requerirá un incremento de gasto presupuestario o la dotación de una partida, o porque supondrá, por el contrario, una reducción del gasto o un incremento de los ingresos» [STC 152/2014, FJ 4 a); en el mismo sentido, entre otras, SSTC 206/2013, FJ 2, y 123/2016, FJ 4]; en consecuencia, concluirá el TC, dada la incidencia que cualquier medida puede tener en la estimación del ingreso o en la determinación del gasto, la clave radica en que la conexión con el objeto del presupuesto (habilitación de gastos y estimación de ingresos) sea *directa, inmediata y querida por la norma*. Establecido este resumen de los antecedentes jurisprudenciales, el TC considera necesario traer a colación otros pronunciamientos atendiendo a la especial relevancia para la cuestión específica de esta decisión; en primer lugar, advertirá el TC que en el contenido eventual de una ley de presupuestos, en general no caben las

normas que integran el régimen de la función pública: así las normas sobre procedimientos de acceso de los funcionarios sanitarios locales interinos a la categoría de funcionarios de carrera (STC 174/1998, FFJJ 6 y 7); las normas de provisión de los puestos de trabajo del personal sanitario (STC 203/1998, FFJJ 3 a 5); las normas sobre la edad de pase a la situación de segunda actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía (STC 234/1999, de 16 de diciembre, FFJJ 4 y 5); o las normas sobre requisitos de titulación necesaria para acceder al Cuerpo Superior de Auditores del Tribunal de Cuentas (STC 9/2013, FJ 3); encontrarán cabida, por el contrario, en el contenido eventual, *normas que guardan conexión con el régimen retributivo de la función pública* [STC 152/2014, FJ 3 a)], *con incidencia directa en el gasto público presupuestado*; así se citarán, por ejemplo, las normas de incompatibilidad de percepción de haberes activos y de pensiones (STC 65/1990, FJ 3); el incremento de retribuciones salariales para el personal al servicio de las administraciones públicas (STC 237/1992); o la creación de un complemento retributivo para determinados cargos públicos (STC 32/2000), si bien, tras estos específicos ejemplos, *concluirá que la cuestión de la categorización de los complementos retributivos no es siempre pacífica*, en atención a que los complementos retributivos son figuras que contemplan una doble dimensión, de un lado meramente económica y vinculada al régimen de retribuciones y, de otro lado, funcional o de organización del servicio, porque, como establece el art. 41 de la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, su finalidad es incentivar la dedicación al servicio público y, en el caso del complemento específico que prima la dedicación y responsabilidad, pretende retribuir las condiciones particulares de algunos puestos (art. 42 del Estatuto Marco); considerará el TC que, aunque la STC 32/2000, admitió que la ley de presupuestos pudiera crear un complemento retributivo para determinados cargos públicos, la posterior STC 197/2012, al determinar el título competencial correspondiente a la regulación del régimen de complementos específicos del personal al servicio de la administración sanitaria, concluye que esta norma, con tener consecuencias en el ámbito retributivo, es una norma «relativa a las condiciones en las que personal sanitario ha de prestar su servicio más que de las repercusiones económicas de dicha prestación, pese a que es evidente que estas últimas existen»; considerará el TC que insiste este pronunciamiento en la misma idea al afirmar que «no estamos, en consecuencia y pese a lo que a primera vista pudiera parecer, ante una previsión de carácter retributivo, que es aquí una consecuencia en forma de contraprestación económica de la dedicación exclusiva previamente impuesta por la norma, sino que se trata de una norma relacionada con la posibilidad de que el personal sanitario compatibilice su

actividad en el sector público con otras de la misma naturaleza en el ámbito privado, en la medida en que la percepción de citado complemento específico excluye, como regla general, cualquier compatibilidad que, por el contrario, es posible en caso de que dicho complemento no se perciba. Se trata, en suma, de una norma relativa a las condiciones en las que personal sanitario ha de prestar su servicio más que de las repercusiones económicas de dicha prestación, pese a que es evidente que estas últimas existen» (FJ 9); considera el TC aún de mayor claridad, la más reciente STC 66/2016; pese a la claridad de esta sentencia, más reciente es la STC 99/2016, que ha venido a considerar contenido eventual válido de la ley de presupuestos una medida que pretende evitar el incremento de las retribuciones del personal del sector público, lo cual se justifica en que es «una previsión que, en su conjunto, tiene la evidente finalidad de contribuir a la contención del gasto público. No existe duda, por tanto, de que la disposición impugnada tiene una conexión directa con los gastos del Estado y con los criterios de política económica, pues, al tiempo que prohíbe establecer incrementos retributivos en el supuesto regulado, potencia el ahorro económico en la cobertura de las necesidades de personal en el sector público» (FJ 8). Una última cuestión afrontará el TC en relación con lo planteado, se trata de la cuestión, ya largamente suscitada, con diversidad de respuestas, si no incluso encontradas, acerca de la proyección de toda esta jurisprudencia a las leyes de presupuestos autonómicas, citando la STC 86/2013, cuyo FJ 3 advierte que la doctrina derivada del art. 134 CE, en cuanto precepto regulador de los presupuestos estatales no es aplicable automáticamente a las leyes presupuestarias autonómicas. En efecto, el canon de constitucionalidad de esas fuentes normativas es el contenido en los respectivos estatutos de autonomía, en las leyes estatales que dentro del marco constitucional se hubieran dictado para delimitar las competencias entre el Estado y las comunidades autónomas y, por supuesto, en las reglas y principios constitucionales aplicables a todos los poderes públicos que conforman el Estado en sentido amplio, además de evidentemente en las reglas y principios constitucionales específicos dirigidos a las comunidades autónomas. En relación con las leyes presupuestarias de la Comunidad Valenciana, el FJ 4 de la STC 86/2013, concluyó que cumplen la misma función y quedan en consecuencia sometidas a los mismos límites materiales y temporales que las del Estado, de modo que toda la doctrina constitucional expuesta, en relación con el contenido necesario y contenido eventual de las leyes de presupuestos, resulta aplicable a las leyes de presupuestos de la Generalitat Valenciana, y en consecuencia a la disposición aquí cuestionada. Corresponde ahora ya al TC a entrar en el análisis del contenido de la norma cuestionada, proponiendo que ante todo será necesario *definir el contenido de la disposición cuestionada y*

determinar si se trata o no de una norma esencialmente retributiva; a este fin propondrá el TC analizar el conjunto normativo expuesto en los escritos de alegaciones de fiscalía y de las Cortes, porque de tal lectura puede deducirse si la disposición impugnada aporta contenido normativo propio relativo al estatuto funcionarial, o se limita a derivar de un régimen previamente establecido una consecuencia retributiva o económica determinada. La Resolución mediante la que se convocaba la plaza de jefatura de servicio a que desea concursar la recurrente en instancia, establecía en su base primera lo siguiente: «1.1. El régimen jurídico de la plaza objeto de la convocatoria es el establecido en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre. El régimen de dedicación del personal facultativo que resulte adjudicatario de la plaza será de dedicación exclusiva, debiendo compaginar quien las ocupe la actividad asistencial con las funciones propias del puesto, en virtud de las necesidades del centro, según lo previsto en el artículo 48 y disposición transitoria primera del Decreto 192/2017, de 1 de diciembre»; en consecuencia, la base impugnada en la instancia hace referencia al Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre y al Decreto 192/2017, de 1 de diciembre; el Estatuto Marco, que integra las bases del régimen estatutario de este personal de los servicios de salud con arreglo a la previsión contenida en el art. 149.1.18 CE, establece en su art. 41, que el sistema retributivo del personal estatutario se estructura en retribuciones básicas y retribuciones complementarias, orientándose, estas últimas a la «motivación del personal, a la incentivación de la actividad y la calidad del servicio, a la dedicación y a la consecución de los objetivos planificados», siendo su cuantía adecuada a lo que dispongan las correspondientes leyes de presupuestos y correspondiendo a los servicios de salud de las comunidades autónomas y entes gestores de asistencia sanitaria el establecimiento de los mecanismos necesarios para garantizar el pago de la actividad realmente realizada, mediante la ordenación de puestos de trabajo y la ordenación de las retribuciones complementarias. Junto a lo anterior, en el art. 43.2 b) se determina que una de las modalidades de retribución complementaria es el «complemento específico, destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad». Mientras que en el art. 77.2 de esta misma ley se establece que «en el ámbito de cada servicio de salud se establecerán las disposiciones oportunas para posibilitar la renuncia al complemento específico por parte del personal licenciado sanitario»; por su parte, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden

social, estableció el carácter personal y renunciabile del complemento específico, y autorizó a los servicios de salud de las comunidades autónomas a adoptar las disposiciones oportunas para que el personal facultativo pudiera renunciar al complemento específico. Considerará el TC que de esta regulación se puede deducir que la dedicación exclusiva forma parte de los complementos que comportan el régimen retributivo de la persona sujeta al Estatuto Marco de 2003. En el ámbito autonómico, la Generalitat valenciana no ha desarrollado por ley la ordenación del régimen del personal estatutario de los servicios de salud, si bien existe una norma de rango legal de función pública, la Ley de las Cortes Valencianas 10/2010, de ordenación y gestión de la función pública Valenciana, que establece el régimen de complementos en el art. 76, denominado «retribuciones complementarias», pero sin definir con precisión la vinculación entre un determinado tipo de complemento y el régimen de dedicación profesional; -vínculo que contempla una ley de acompañamiento 11/2000- , en su art. 54. Se estrecha ese vínculo precisamente en una ley de acompañamiento de los presupuestos, concretamente en el art. 54 de la Ley de las Cortes Valencianas 11/2000, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat Valenciana; en el citado precepto se establece que: «los complementos específicos de aplicación al personal al servicio de las instituciones sanitarias dependientes de la Conselleria de Sanidad son los siguientes: Complemento específico A: destinado a retribuir uno o varios de los conceptos incluidos en el apartado b) del artículo 2.3 del Real Decreto-ley 3/1987 de 11 de septiembre, excepto el de dedicación exclusiva, incompatibilidad y dedicación de tardes. Complemento específico B: destinado a retribuir los conceptos incluidos en el complemento A, más la dedicación exclusiva o incompatibilidad. Complemento específico C: destinado a retribuir los conceptos expresados en el complemento A, más la dedicación de tardes. Este complemento sólo se aplicará al personal incluido en el ámbito del estatuto de personal facultativo»; la conexión entre la aplicación del complemento específico B y la dedicación exclusiva en la disposición adicional trigésimo tercera de la Ley de las Cortes Valencianas 14/2016, ahora cuestionada, termina de concretarse Decreto 192/2017 mediante, trasladándose posteriormente esta previsión al Decreto 192/2017 por el que se aprueba el reglamento de selección y provisión de personal estatutario al servicio de instituciones sanitarias públicas del Sistema Valenciano de Salud, que ordena el régimen de retribuciones tal y como establece el Estatuto Marco; de hecho, como pone de relieve el TC, este decreto se elabora con la intención declarada en el preámbulo de ajustarse tanto al Estatuto Marco, como al Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que

se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público; también en el preámbulo se establece que el decreto recoge, por vez primera, la obligatoriedad de dedicación exclusiva para ocupar plazas de jefatura de servicio y sección, para asegurar «un procedimiento más garantista de la calidad asistencial» obligatoriedad que se concreta en el art. 48.2 del reglamento, al establecer que «las plazas de jefatura de servicio y de sección de personal facultativo tendrán aparejada dedicación exclusiva, debiendo compaginar quien las ocupe la actividad asistencial con las funciones propias del puesto, en virtud de las necesidades del centro»; previsión esta completada por la disposición transitoria primera que establece que «el complemento específico modalidad “B”, que significa la dedicación en régimen de exclusividad al puesto público, asignado a los puestos de jefatura de servicio y sección de personal facultativo en el artículo 48 del presente reglamento, tendrá efecto, en cada uno de tales puestos, a partir de la toma de posesión que tenga lugar como consecuencia de los respectivos procesos de convocatoria pública para la provisión reglamentaria que sean publicados desde la entrada en vigor de este reglamento». Será criterio del TC que la DA cuestionada, así como el art. 48.2 del Decreto 192/2017, asigna a los puestos de jefatura de servicio o sección de personal estatutario facultativo del sistema sanitario público de la Comunitat Valenciana, o que estén expresamente considerados equivalentes a estos, la modalidad B de complemento específico, habiendo sido asociado a este complemento la retribución de la exclusividad en el art. 54 de la Ley de las Cortes Valencianas 11/2000, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat Valenciana, en desarrollo de lo previsto en la Ley autonómica 10/2010, y en el estatuto marco de 2003 como legislación básica estatal. Concluirá el TC, a la vista de las normas relacionadas, que la norma cuestionada define con exactitud, y con carácter innovador del ordenamiento, los puestos de trabajo específicos que deben desempeñarse en régimen de dedicación exclusiva, concretando que las jefaturas de servicio o sección de personal estatutario facultativo del sistema sanitario público serán retribuidas con este complemento específico que exige la dedicación exclusiva. Definida de este modo el contenido y alcance de la norma cuestionada, declarará el TC que no puede sino concluirse, acudiendo a lo que establece el FJ 9 de la STC 197/2012, que esta regla nueva, relativa a la dedicación exclusiva de las jefaturas de servicio o sección del personal estatutario facultativo del sistema sanitario público, es una norma que integra el régimen de la función pública específico del personal estatutario de los servicios de salud de la Generalitat Valenciana, y que, por esa razón está excluido del contenido eventual de la ley de presupuestos. Esta norma no se limita a

formular el régimen retributivo específico de determinados puestos que integran esa función pública, sino que, como se apunta en la citada *STC 197/2012* «se trata de una norma relacionada con la posibilidad de que el personal sanitario compatibilice su actividad en el sector público con otras de la misma naturaleza en el ámbito privado, en la medida en que la percepción del citado complemento específico excluye, como regla general, cualquier compatibilidad que, por el contrario, es posible en caso de que dicho complemento no se perciba. Se trata, en suma, de una norma relativa a las condiciones en las que personal sanitario ha de prestar su servicio más que de las repercusiones económicas de dicha prestación, pese a que es evidente que estas últimas existen» (FJ 9). Será criterio del TC en esta Sentencia que al asignar el complemento específico B a los puestos de jefatura de servicio y sección, o a los puestos que estén expresamente considerados equivalentes a estos, el legislador presupuestario está consignando, mediante la disposición adicional cuestionada, un crédito presupuestario cierto. Pero también está estableciendo el régimen laboral que se asocia al cobro del complemento y, por tanto, se trata de una norma «relativa a las condiciones en las que personal sanitario ha de prestar su servicio más que de las repercusiones económicas de dicha prestación, pese a que es evidente que estas últimas existen» (*STC 197/2012*, FJ 10); considera, en consecuencia, el TC que la norma cuestionada tiene por finalidad esencial prever una restricción de la actividad de quienes concursen a los puestos de jefatura de servicio y sección, redefiniendo su estatuto funcional. Derivándose de esta redefinición que, en aplicación del marco normativo referenciado, una determinada carga económica, que tiene su reflejo en la previsión presupuestaria; si bien será criterio del TC que la vinculación del complemento B a las jefaturas de servicio o sección en la ley de presupuestos no responde a la voluntad de prever una determinada partida presupuestaria, sino de definir la modalidad de prestación de un servicio de la que se deriva una determinada consecuencia económica. Por tanto, la asignación de un complemento retributivo que acarrea dedicación exclusiva e incompatibilidad, debe considerarse una opción del legislador presupuestario que excede los límites materiales de la ley de presupuestos; en consecuencia, la disposición adicional trigésimo tercera, apartado 1, de la Ley de las Cortes Valencianas 14/2016, de 30 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2017, resulta contraria a las exigencias de los arts. 66.2 y 134.2 CE, por lo que debe desestimarse¹ la cuestión de inconstitucionalidad. Acerca de la posible inconstitucionalidad por conexión o consecuencia del apartado 2 de la disposición adicional trigésima

¹ Parece evidente que quiere decirse *estimarse*, como se deriva del texto del Fallo que reproducimos más adelante

tercera de la Ley de las Cortes Valencianas 14/2016 de Presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2017: desde esta posición del TC sobre la cuestión planteada es razonable, incluso obligado, que tal y como alega la demandante en instancia, plantearse si el apartado 2 de la disposición adicional cuestionada resulta también inconstitucional por conexión o consecuencia. Teniendo en cuenta el contenido de su texto («2. Una vez haya tenido efecto en un determinado puesto el complemento específico B según lo dispuesto en el punto anterior y, posteriormente, el personal cese en dicha jefatura y vuelva a desempeñar el puesto básico reservado, podrá optar entre mantener el régimen de dedicación exclusiva o acogerse a alguna de las otras dos modalidades de complemento específico previstas para el personal facultativo.

Esta opción podrá llevarse a cabo por una sola vez, en el momento de la toma de posesión del puesto básico reservado, aplicándose a continuación el régimen general de regulación del complemento específico de personal facultativo, citado en el párrafo segundo del punto anterior»). Por tanto, una vez declarada la inconstitucionalidad de la previsión contenida en el párrafo 1 de la disposición adicional trigésima tercera, por haber excedido los límites materiales de la ley de presupuestos, no cabe sino concluir que la previsión del régimen de optatividad entre complementos, una vez concluido el mandato de un determinado funcionario o funcionaria como jefe de servicio o sección, debe correr la misma suerte, en la medida en que también ha de ser calificado como regulación del régimen de la función pública específico del personal estatutario de los servicios de salud de la Generalitat Valenciana. *Y, por tanto, también queda excluido del contenido eventual de la ley de presupuestos.*

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, **POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,** Ha decidido

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad núm. 5150-2019 y declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición adicional trigésima tercera, apartado 1, de la Ley de las Cortes Valencianas 14/2016, de 30 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2017, y del apartado 2 del mismo precepto por conexión o consecuencia, al resultar ambos contrarios a los arts. 66.2 y 134.2 CE.

Durante el período analizado, BOE(s) de 19 de mayo a 31 de julio de 2021 se han publicado las SSTC 76 a 148.

AÑO 2021

BOE DE 19 DE MAYO DE 2021

Sentencia 76/2021, de 15 de abril de 2021. Recurso de amparo electoral 2117-2021. Promovido por el Partido Popular, don Antonio Cantó García del Moral y don Agustín Conde Bajén, en relación con la sentencia de un juzgado de lo contencioso-administrativo de Madrid que declaró la inelegibilidad de estos últimos.

Supuesta vulneración del derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad: exclusión de las listas electorales de quienes no ostentaban la condición de electores. Votos particulares.

Sentencia 77/2021, de 19 de abril de 2021. Recurso de amparo 6510-2018. Promovido por doña Luz Aurora Cuya Ayala respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia de Móstoles (Madrid) en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación). STC 31/2019 (ausencia de control judicial de las cláusulas abusivas que desconoce la primacía del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia).

(Véanse en los dos números anteriores de esta Revista las referencias a la STC 31/2019, así como a la Sentencia que comentamos, en el nº110 –la 7/2021 y correlacionadas con ésta, las SSTC 8; 12; 24 y 50-, así como las que hemos encontrado en el período que ahora analizamos, amén de ésta, –SSTC 76 a 148 de 2021- las 92/2021; 100/2021; 101/2021 y 102/2021-.

Sentencia 78/2021, de 19 de abril de 2021. Recurso de amparo 541-2019. Promovido por don Clemente Cerros Díez de Baldeón en relación con las sentencias de un juzgado de lo penal y la Audiencia Provincial de Madrid que le condenaron por un delito de quebrantamiento de medida cautelar.

Vulneración del derecho a la legalidad penal: condena impuesta por el incumplimiento de una medida adoptada en un proceso penal que se había sobreesido.

Sentencia 79/2021, de 19 de abril de 2021. Recurso de amparo 1468-2019. Promovido por doña Flora Mayo González y la entidad Asistencia Técnica Integral de Salamanca, S.L., respecto de las

actuaciones llevadas a cabo por un juzgado de primera instancia de Zaragoza en procedimiento ordinario.

Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: notificaciones practicadas tras la sustitución, no comunicada a los colegios profesionales radicados fuera de Aragón, del sistema Lexnet por Avantius.

Sentencia 80/2021, de 19 de abril de 2021. Recurso de amparo 1692-2019. Promovido por don Jesús Rocho Sosa y doña Josefa Rodríguez Sanabria en relación con los autos dictados por la Audiencia Provincial y un juzgado de instrucción de Badajoz decretando prisión provisional.

Vulneración del derecho a la libertad personal en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva: medida cautelar adoptada sin poner de manifiesto las actuaciones esenciales del expediente (STC 83/2019).

Sentencia 81/2021, de 19 de abril de 2021. Recurso de amparo 3826-2019. Promovido por doña A.R.G. y don M.F.J., en relación con las resoluciones de la dirección de un colegio público de Alicante y las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y un juzgado de lo contencioso-administrativo de Alicante, que confirmaron su legalidad.

Supuesta vulneración de los derechos a la educación, igualdad y no discriminación, integridad física y moral y a no padecer indefensión: medida preventiva de suspensión de asistencia al centro escolar, en tanto se procedía a la emisión de un diagnóstico médico, adoptada con ponderación del interés superior del menor. Voto particular.

Sentencia 82/2021, de 19 de abril de 2021. Recurso de amparo 4513-2019. Promovido por LG Inversa Recycle Pallets, S.L.U., respecto de las actuaciones llevadas a cabo por un juzgado de primera instancia de Jerez de la Frontera (Cádiz) en juicio verbal de desahucio arrendaticio.

Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: emplazamiento mediante edictos de la demandada, sin agotar las posibilidades de notificación personal (STC 30/2014).

Sentencia 83/2021, de 19 de abril de 2021. Recurso de amparo 4575-2019. Promovido por don Víctor González Méndez en relación con las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional

en procedimiento por responsabilidad patrimonial de la administración de Justicia.

Vulneración del derecho a la presunción de inocencia: STC 125/2019 (denegación de indemnización resultante de la aplicación del precepto legal anulado por la STC 85/2019, de 19 de junio).

Sentencia 84/2021, de 19 de abril de 2021. Recurso de amparo 5128-2019. Promovido por Penrei Inversiones, S.L., respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia e instrucción de Lorca en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: STC 40/2020 [inadecuada utilización de la dirección electrónica habilitada como cauce de comunicación del primer emplazamiento procesal (SSTC 6/2019 y 47/2019) e inadmisión de la oposición a la ejecución resultante de la confusión del deber de las personas jurídicas de relacionarse con la administración de justicia por medio de comunicaciones electrónicas con la regulación del primer emplazamiento en los procesos civiles].

(Amén de las SSTC ya citadas en el primer tramo de las relacionadas durante el año 2021 del anterior nº de la Revista, durante el presente, amén de ésta, pueden ser consultadas las siguientes 85; 86; 87; 100; 103; 115).

Sentencia 85/2021, de 19 de abril de 2021. Recurso de amparo 7132-2019. Promovido por Euroinversiones Inmobiliarias Costa Sur, S.L., respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia e instrucción de Lorca en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: STC 40/2020 [inadecuada utilización de la dirección electrónica habilitada como cauce de comunicación del primer emplazamiento procesal (SSTC 6/2019 y 47/2019) e inadmisión de la oposición a la ejecución resultante de la confusión del deber de las personas jurídicas de relacionarse con la administración de justicia por medio de comunicaciones electrónicas con la regulación del primer emplazamiento en los procesos civiles].

Sentencia 86/2021, de 19 de abril de 2021. Recurso de amparo 7508-2019. Promovido por Euroinversiones Inmobiliarias Costa Sur, S.L., respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia e instrucción de Lorca en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: STC 40/2020 [inadecuada utilización de la dirección electrónica habilitada como cauce de comunicación del primer emplazamiento procesal (SSTC 6/2019 y 47/2019) e inadmisión de la oposición a la ejecución resultante de la confu-

sión del deber de las personas jurídicas de relacionarse con la administración de justicia por medio de comunicaciones electrónicas con la regulación del primer emplazamiento en los procesos civiles].

Sentencia 87/2021, de 19 de abril de 2021. Recurso de amparo 1004-2020. Promovido por Aluminios Torralba, S.A., respecto de las actuaciones llevadas a cabo por un juzgado de primera instancia de Murcia en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: emplazamiento mediante edictos llevado a cabo sin apurar previamente las posibilidades de averiguación del domicilio efectivo (STC 122/2013).

Sentencia 88/2021, de 19 de abril de 2021. Recurso de amparo 1683-2020. Promovido por doña Carmen Borrero Rodríguez en relación con la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó su impugnación de la denegación por silencio de solicitud de concesión de uso, ocupación y aprovechamiento de un inmueble en el municipio de Cartaya (Huelva).

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): resolución judicial que desatiende el previo reconocimiento por sentencia de la titularidad dominical de un bien, que se retrotrae a un momento anterior a la entrada en vigor de la Ley de costas.

Sentencia 89/2021, de 19 de abril de 2021. Recurso de amparo 1914-2020. Promovido por Fuentes y Rebellín, S.L., en relación con las actuaciones llevadas a cabo por un juzgado de primera instancia e instrucción de Molina de Segura (Murcia) en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: STC 47/2019 (inadecuada utilización de la dirección electrónica habilitada como cauce de comunicación del primer emplazamiento procesal).

Sentencia 90/2021, de 22 de abril de 2021. Recurso de amparo 6240-2019. Promovido por don Josep Rull i Andreu respecto de su suspensión como diputado, acordada por la mesa del Congreso de los Diputados.

Supuesta vulneración de los derechos al ejercicio del cargo público representativo y a la tutela judicial: STC 69/2021 (resoluciones parlamentarias que aplican, motivadamente y sin afectar al grupo parlamentario, la previsión legal de suspensión automática del cargo representativo).

Sentencia 91/2021, de 22 de abril de 2021. Recurso de amparo 1403-2020. Promovido por don Jordi Turull i Negre respecto de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que le condenó por sendos delitos de sedición y malversación de caudales públicos.

Supuesta vulneración de los derechos al juez ordinario predeterminado por la ley y de defensa, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y a la legalidad penal: resolución judicial dictada en causa especial en cuya tramitación se preservaron las garantías procesales y en la que se impuso una pena que no puede considerarse desproporcionada o que desaliente el ejercicio de otros derechos fundamentales. Voto particular.

BOE DE 15 DE JUNIO DE 2021

Sentencia 92/2021, de 10 de mayo de 2021. Recurso de amparo 1944-2019. Promovido por don José Edwin Lara Anticona, doña Eusebia Teófila Burgos Ramírez y don José Wilfredo Lara Burgos respecto de las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial y un juzgado de primera instancia de Madrid en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): STC 31/2019 (ausencia de control judicial de las cláusulas abusivas que desconoce la primacía del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia).

(Véase en el anterior nº de esta Revista nuestro comentario a la STC 7/2021 y a otras asimismo relacionadas del mismo tramo temporal allí analizado)

Sentencia 93/2021, de 10 de mayo de 2021. Recurso de amparo 3223-2019. Promovido por doña Piedad Ángeles Peris García en relación con las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial de Segovia y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Sepúlveda en proceso de protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen.

Supuesta vulneración del derecho a la libertad de expresión: mensajes difundidos a través de una red social en los que tilda de asesino y se expresa alivio por la muerte de un torero en el curso de la lidia. Voto particular.

Sentencia 94/2021, de 10 de mayo de 2021. Recurso de amparo 3987-2019. Promovido por don Fernando Ruiz Fernández en

relación con las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia e instrucción de Santoña (Cantabria) en juicio verbal por desahucio.

Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: emplazamiento mediante edictos sin agotar las posibilidades de comunicación personal (STC 62/2020).

Sentencia 95/2021, de 10 de mayo de 2021. Recurso de amparo 5050-2019. Promovido por las entidades Grupo Luzelma, S.L., y Santa Victoria, S.L., respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia de Algeciras en incidente de tasación de costas.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): tasación de las costas que ignora la declaración del proceso como de cuantía indeterminada.

Sentencia 96/2021, de 10 de mayo de 2021. Recurso de amparo 5527-2019. Promovido por el Ayuntamiento de Sant Feliu de Buixalleu respecto de los autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y un juzgado de lo contencioso-administrativo de Girona que inadmitieron recuso de apelación.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso legal): inadmisión de recurso de apelación por extemporáneo sin tener en cuenta la aclaración del fallo (STC 105/2006).

Sentencia 97/2021, de 10 de mayo de 2021. Recurso de amparo 6802-2019. Promovido por doña Esther Rodríguez Manzanares respecto de las actuaciones llevadas a cabo por un juzgado de primera instancia de Albacete en juicio verbal de desahucio arrendaticio.

Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: emplazamiento mediante edictos de la demandada, sin agotar las posibilidades de notificación personal (STC 30/2014).

Sentencia 98/2021, de 10 de mayo de 2021. Recurso de amparo núm. 7028-2019. Promovido por don Gabriel Gavriluta en relación con las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional en procedimiento por responsabilidad patrimonial de la administración de Justicia.

Vulneración de los derechos a la igualdad y a la presunción de inocencia: STC 125/2019 (denegación de indemnización resultante de la aplicación del precepto legal anulado por la STC 85/2019, de junio).

Sentencia 99/2021, de 10 de mayo de 2021. Recurso de amparo 7436-2019. Promovido por don Jenri Ramírez Rosario en relación con las sentencias de la Audiencia Provincial y un juzgado de lo penal de Huesca que le condenaron por varios delitos.

Supuesta vulneración de los derechos a la intimidad, secreto de las comunicaciones y a la presunción de inocencia: captación y grabación de comunicaciones orales mantenidas en el interior de sendos vehículos que se prolongó por espacio de tres meses.

Sentencia 100/2021, de 10 de mayo de 2021. Recurso de amparo 7528-2019. Promovido por Euroinversiones Inmobiliarias Costa Sur, S.L., respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia e instrucción de Lorca en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: STC 40/2020 [inadecuada utilización de la dirección electrónica habilitada como cauce de comunicación del primer emplazamiento procesal (SSTC 6/2019 y 47/2019) e inadmisión de la oposición a la ejecución resultante de la confusión del deber de las personas jurídicas de relacionarse con la administración de justicia por medio de comunicaciones electrónicas con la regulación del primer emplazamiento en los procesos civiles].

Sentencia 101/2021, de 10 de mayo de 2021. Recurso de amparo 63-2020. Promovido por don Juan Carlos Molinos Molinos respecto del auto dictado por un juzgado de primera instancia de Jaén en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): STC 31/2019 (ausencia de control judicial de las cláusulas abusivas que desconoce la primacía del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia). Voto particular.

(Véase nuestro comentario a la STC 7/2021, en el nº anterior de esta Revista)

Sentencia 102/2021, de 10 de mayo de 2021. Recurso de amparo 501-2020. Promovido por don Jesús Manuel Escalonilla Díaz y doña Ana Teresa Torres Liñán respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia de Madrid en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): STC 31/2019 (ausencia de control judicial de las cláusulas abusivas que desconoce la primacía del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia).

(Véase nuestro comentario a la STC 7/2021, en el nº anterior de esta Revista)

Sentencia 103/2021, de 10 de mayo de 2021. Recursos de amparo 691-2020 y 693-2020 (acumulados). Promovido por Euroinversiones Inmobiliarias Costa Sur, S.L., y Penrei Inversiones, S.L., respectivamente, en relación con las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia e instrucción de Lorca en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: STC 40/2020 [inadecuada utilización de la dirección electrónica habilitada como cauce de comunicación del primer emplazamiento procesal (SSTC 6/2019 y 47/2019) e inadmisión de la oposición a la ejecución resultante de la confusión del deber de las personas jurídicas de relacionarse con la administración de justicia por medio de comunicaciones electrónicas con la regulación del primer emplazamiento en los procesos civiles].

Sentencia 104/2021, de 10 de mayo de 2021. Recurso de amparo 764-2020. Promovido por la entidad Naguspea, S.L., respecto de la providencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones promovido respecto de una sentencia estimatoria del recurso de suplicación formulado por la contraparte en proceso de conflicto colectivo por modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso legal): inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones fundada en la procedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina sin estar acreditada la concurrencia de identidad de situaciones fácticas entre la sentencia que se pretendía controvertir y otra dictada por este Tribunal Constitucional en cuya doctrina se fundamenta la impugnación.

Sentencia 105/2021, de 11 de mayo de 2021. Recurso de amparo 6239-2019. Promovido por don Jordi Turull i Negre respecto de los acuerdos de la mesa del Congreso de los Diputados declarando su suspensión como diputado.

Supuesta vulneración de los derechos al ejercicio del cargo público representativo y a la tutela judicial: STC 69/2021 (resoluciones parlamentarias que aplican, motivadamente y sin afectar al grupo parlamentario, la previsión legal de suspensión automática del cargo parlamentario).

Sentencia 106/2021, de 11 de mayo de 2021. Recurso de amparo 1407-2020. Promovido por don Josep Rull i Andreu respecto de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que le condenó por un delito de sedición.

Supuesta vulneración de los derechos al juez ordinario predeterminado por la ley y de defensa, a no padecer discriminación por razón de la lengua, a un proceso con todas las garantías y a la pre-

sunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y a la legalidad penal: resolución judicial dictada en causa especial en cuya tramitación se preservaron las garantías procesales y en la que se impuso una pena que no puede considerarse desproporcionada o que desaliente el ejercicio de otros derechos fundamentales. Voto particular.

Sentencia 107/2021, de 13 de mayo de 2021. Recurso de amparo 2670-2017. Promovido por don Francesc Homs i Molist respecto de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que le condenó por un delito de desobediencia.

Alegada vulneración de los derechos a la presunción de inocencia, legalidad penal, segunda instancia y tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la igualdad; supuesta vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la prueba: inadmisión parcial del recurso de amparo; denegación de prueba testifical y documental cuya relevancia en términos de defensa no se acredita.

Sentencia 108/2021, de 13 de mayo de 2021. Recurso de inconstitucionalidad 4062-2019. Interpuesto por más de cincuenta diputados de los Grupos Parlamentarios Popular y Vox en el Congreso respecto de la Ley Foral 16/2019, de 26 de marzo, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos.

Principio de reserva de jurisdicción; derecho a la tutela judicial efectiva e intangibilidad de las sentencias, derechos al honor, intimidad y propia imagen, a la protección de datos y a la presunción de inocencia; garantías del proceso penal: interpretación conforme con la Constitución de los preceptos legales que establecen el deber de colaboración de los poderes públicos navarros en la realización del «derecho a la verdad» y definen las funciones que puede desempeñar la Comisión de Reconocimiento y Reparación en la averiguación, documentación y acreditación de hechos (STC 83/2020). Voto particular.

Sentencia 109/2021, de 13 de mayo de 2021. Cuestión de inconstitucionalidad 5150-2019. Planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de Valencia en relación con el apartado 1 de la disposición adicional trigésima tercera de la Ley de las Cortes Valencianas 14/2016, de 30 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2017.

Límites materiales de las leyes de presupuestos: nulidad del precepto legal que establece un complemento específico para los puestos de jefatura de servicio o sección de personal estatutario facultativo del sistema sanitario público de la Comunidad Valenciana.

Sentencia 110/2021, de 13 de mayo de 2021. Recurso de inconstitucionalidad 1813-2020. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso respecto de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

Límites materiales de los decretos leyes: nulidad del precepto que modifica la composición de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia. Voto particular.

Sentencia 111/2021, de 13 de mayo de 2021. Recurso de inconstitucionalidad 2295-2020. Interpuesto por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular en relación con diversas disposiciones del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

Límites materiales de los decretos leyes: nulidad de los preceptos que modifican el régimen de gestión de clases pasivas. Voto particular.

Sentencia 112/2021, de 13 de mayo de 2021. Recurso de inconstitucionalidad 5178-2020. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor.

Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, Derecho civil, ordenación general de la economía; principio de seguridad jurídica, derecho de propiedad y libertad de empresa: constitucionalidad de los preceptos legales autonómicos que limitan la explotación agrícola del suelo ubicado en el ámbito territorial de aplicación de la ley.

BOE 7 DE JULIO DE 2021

Sentencia 113/2021, de 31 de mayo de 2021. Recurso de amparo 3533-2018. Promovido por doña M.S.C. respecto el auto de los autos dictados por la Audiencia Provincial de Madrid y un juzgado de primera instancia e instrucción de Getafe en procedimiento de ejecución de títulos judiciales.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): resoluciones judiciales que ordenan el desalojo de la vivienda sin observar el deber de motivación reforzada al no ponderar la afectación a los menores y personas con discapacidad. Voto particular.

Sentencia 114/2021, de 31 de mayo de 2021. Recurso de amparo 3820-2019. Promovido por don Abdelghani El Ghoufairi en relación con las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional en procedimiento por responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia.

Vulneración de los derechos a la igualdad y a la presunción de inocencia: STC 125/2019 (denegación de indemnización resultante de la aplicación del precepto legal anulado por la STC 85/2019, de junio).

Sentencia 115/2021, de 31 de mayo de 2021. Recurso de amparo 6089-2019. Promovido por Euroinversiones Inmobiliarias Costa Sur, S.L., respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia e instrucción de Lorca en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: STC 40/2020 [inadecuada utilización de la dirección electrónica habilitada como cauce de comunicación del primer emplazamiento procesal (SSTC 6/2019 y 47/2019) e inadmisión de la oposición a la ejecución resultante de la confusión del deber de las personas jurídicas de relacionarse con la administración de justicia por medio de comunicaciones electrónicas con la regulación del primer emplazamiento en los procesos civiles].

Sentencia 116/2021, de 31 de mayo de 2021. Recurso de amparo 1619-2020. Promovido por D.P.G. Redacción y Administración, S.L., respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia de Elche (Alicante) en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: entidad mercantil que se desentiende de la suerte de un procedimiento de ejecución y de la convocatoria de una subasta de la que tenía fehaciente conocimiento.

Sentencia 117/2021, de 31 de mayo de 2021. Recurso de amparo 1687-2020. Promovido por Llova Consulting, S.L., en relación con las resoluciones dictadas por un juzgado de lo social de Alicante en procedimiento de despido y reclamación de cantidad.

Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: emplazamiento mediante edictos de la demandada sin agotar las posibilidades de notificación personal (STC 119/2020).

Sentencia 118/2021, de 31 de mayo de 2021. Recurso de amparo 2726-2020. Promovido por don Domingo Antonio Yumar Afonso y doña María del Pilar Martín Goya en relación con las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia de San Cristóbal de La Laguna (Santa Cruz de Tenerife) en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: emplazamiento mediante edictos de la demandada sin agotar las posibilidades de notificación personal (STC 122/2013).

Sentencia 119/2021, de 31 de mayo de 2021. Recurso de amparo 3199-2020. Promovido por doña Iris Martín Varela en relación con la sentencia dictada por un juzgado de lo social de Lugo en proceso de conciliación de la vida laboral y familiar.

Vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo: resolución judicial que no pondera las circunstancias personales de quien impugna una modificación de jornada de trabajo que incide sobre el disfrute de la reducción que tiene reconocida por cuidado de hijos.

Sentencia 120/2021, de 31 de mayo de 2021. Recurso de amparo 3368-2020. Promovido por la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico en relación con las sentencias dictadas por las salas de lo social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en proceso por despido.

Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (resolución jurídicamente fundada) y a un proceso con todas las garantías: inexistencia del privilegio de inmunidad absoluta de jurisdicción.

Sentencia 121/2021, de 2 de junio de 2021. Recurso de amparo 1406-2020. Promovido por don Jordi Sànchez i Picanyol respecto de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que le condenó por un delito de sedición.

Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, al juez imparcial y ordinario predeterminado por la ley, de defensa, a no padecer discriminación por razón de la lengua, a un proceso con todas las garantías, de presunción de inocencia y a la legalidad penal: sentencia dictada en causa especial en cuya tramitación se observaron las garantías procesales y en la que se impuso una pena que no puede considerarse desproporcionada o que desaliente el ejercicio de otros derechos fundamentales. Voto particular.

Sentencia 122/2021, de 2 de junio de 2021. Recurso de amparo 1474-2020. Promovido por don Jordi Cuixart i Navarro respecto de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que le condenó por un delito de sedición.

Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, al juez imparcial y ordinario predeterminado por la ley, de reunión y a la legalidad penal: sentencia dictada en causa especial en cuya tramitación se observaron las garantías procesales y en la que se impuso una pena que no puede considerarse desproporcionada o que desaliente el ejercicio de otros derechos fundamentales. Voto particular.

Sentencia 123/2021, de 3 de junio de 2021. Cuestión de inconstitucionalidad 1514-2020. Planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, en relación con las letras a) y c) del artículo 40.4 de la Ley del Parlamento de Andalucía 7/2007, de 9 de julio, de gestión integrada de la calidad ambiental.

Competencias en materia de protección ambiental: constitucionalidad del precepto legal autonómico que exceptúa de evaluación ambiental estratégica los estudios de detalle.

Sentencia 124/2021, de 3 de junio de 2021. Recurso de inconstitucionalidad 2035-2020. Interpuesto por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular respecto de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

Límites materiales de los decretos leyes: extinción del proceso cuyo objeto ha sido anulado por la sentencia 110/2021, de 13 de mayo. Voto particular.

Sentencia 125/2021, de 3 de junio de 2021. Recurso de inconstitucionalidad 4192-2020. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular respecto del artículo 5 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2020, de 29 de abril, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público y de creación del impuesto sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente.

Límites de la potestad tributaria de las comunidades autónomas: constitucionalidad de la regulación del impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos.

Sentencia 126/2021, de 3 de junio de 2021. Cuestión de inconstitucionalidad 5246-2020. Planteada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el artículo 137 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general.

Principio de legalidad penal (taxatividad) en relación con el derecho a la participación política: interpretación conforme del precepto legal que prevé la imposición de la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

BOE DE 31 DE JULIO DE 2021

Sentencia 127/2021, de 21 de junio de 2021. Recurso de amparo 4163-2019. Promovido por don Juan Carlos Asenjo Grande en relación con la sentencia de un juzgado central de lo contencioso administrativo en procedimiento por responsabilidad patrimonial de la administración de Justicia.

Vulneración de los derechos a la igualdad y a la presunción de inocencia: STC 125/2019 (denegación de indemnización resultante de la aplicación del precepto legal anulado por la STC 85/2019, de 19 de junio).

Sentencia 128/2021, de 21 de junio de 2021. Recurso de amparo 7161-2019. Promovido por don Mauricio Ospina Villegas en relación con las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional en procedimiento por responsabilidad patrimonial de la administración de Justicia.

Vulneración de los derechos a la igualdad y a la presunción de inocencia: STC 125/2019 (denegación de indemnización resultante de la aplicación del precepto legal anulado por la STC 85/2019, de 19 de junio).

Sentencia 129/2021, de 21 de junio de 2021. Recurso de amparo 7583-2019. Promovido por Penrei Inversiones, S.L., respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia e instrucción de Lorca en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: STC 40/2020 [inadecuada utilización de la dirección electrónica habilitada como cauce de comunicación del primer emplazamiento procesal (SSTC 6/2019 y 47/2019) e inadmisión de la oposición a la ejecución resultante de la confu-

sión del deber de las personas jurídicas de relacionarse con la administración de justicia por medio de comunicaciones electrónicas con la regulación del primer emplazamiento en los procesos civiles].

Sentencia 130/2021, de 21 de junio de 2021. Recurso de amparo 872-2020. Promovido por la Confederación General del Trabajo respecto de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en proceso de conflicto colectivo.

Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a libertad sindical en relación con el derecho de huelga: calificación de huelga abusiva resultante de la negativa de los cinco comités de huelga actuantes a constituir una comisión negociadora con composición ajustada a la normativa reguladora.

Sentencia 131/2021, de 21 de junio de 2021. Recurso de amparo 1921-2020. Promovido por Penrei Inversiones, S.L., respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia e instrucción de Lorca en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: pretendida vertiente negativa del derecho de acceso al proceso del poseedor con título inscrito llamado a la ejecución.

Sentencia 132/2021, de 21 de junio de 2021. Recurso de amparo 4265-2020. Promovido por doña Rachida Kaouay respecto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que agravó, en apelación, la condena que le había sido impuesta por un juzgado de lo penal de Melilla como autora de un delito de tráfico de drogas.

Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (reformatio in peius) y a un proceso con todas las garantías: sentencia que agrava la condena impuesta fundándose en la existencia de un error, padecido en la primera instancia, en la aplicación de la ley y sin que mediara petición al respecto de las partes acusadoras.

Sentencia 133/2021, de 24 de junio de 2021. Recursos de amparo 4037-2015 y 4098-2015 (acumulados). Promovidos por doña Ángela Bergillos Alguacil y cuatro personas más respecto de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que les condenó por un delito contra las instituciones del Estado.

Supuesta vulneración de los derechos a la libertad de expresión, de reunión y manifestación, de participación política, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la legalidad penal: concentración frente a la sede del Parlamento de Cataluña con la que se trataba de impedir el debate y aprobación de los presupuestos de la Generalitat. Votos particulares.

Sentencia 134/2021, de 24 de junio de 2021. Recurso de inconstitucionalidad 3883-2018. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en relación con el Real Decreto-ley 4/2018, de 22 de junio, por el que se concreta, con carácter urgente, el régimen jurídico aplicable a la designación del consejo de administración de la Corporación de Radio y Televisión Española y de su presidente.

Límites materiales de los decretos leyes: nulidad de los preceptos legales que detallan o precisan aspectos de la regulación preexistente y que permiten la sustitución del Senado por el Congreso en la elección de los miembros del consejo de administración de la Corporación de Radio y Televisión Española. Votos particulares.

Sentencia 135/2021, de 24 de junio de 2021. Recurso de inconstitucionalidad 4090-2019. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Ciudadanos en el Congreso respecto de la Ley Foral 16/2019, de 26 de marzo, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos.

Principio de reserva de jurisdicción; derecho a la tutela judicial efectiva e intangibilidad de las sentencias, derechos al honor, intimidad y propia imagen, a la protección de datos y a la presunción de inocencia; garantías del proceso penal: STC 108/2021 [interpretación conforme con la Constitución de los preceptos legales que establecen el deber de colaboración de los poderes públicos navarros en la realización del «derecho a la verdad» y definen las funciones que puede desempeñar la Comisión de Reconocimiento y Reparación en la averiguación, documentación y acreditación de hechos (STC 83/2020)]. Voto particular.

Sentencia 136/2021, de 29 de junio de 2021. Recurso de amparo 2606-2018. Promovido por don Jaber El Ghali respecto de las resoluciones dictadas por el letrado de la administración de justicia de un juzgado de vigilancia penitenciaria de Cataluña.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la jurisdicción): resolución que, aplicando el precepto legal anulado por la STC 151/2020, de 22 de octubre, impide la revisión judicial del decreto del letrado de la administración de justicia.

Sentencia 137/2021, de 29 de junio de 2021. Recurso de amparo 202-2019. Promovido por don Txema Guijarro García y don Sergio Pascual Peña, portavoz y diputado del grupo parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea del

Congreso de los Diputados, respecto de las resoluciones de la mesa del Congreso sobre utilización de las dependencias de la Cámara.

Supuesta vulneración de los derechos al ejercicio del cargo representativo y a la participación política: denegación del uso de una sala del Congreso para la celebración de un encuentro interparlamentario de apoyo al Sáhara occidental.

Sentencia 138/2021, de 29 de junio de 2021. Recurso de amparo 6915-2019. Promovido por la Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir en relación con las órdenes de la Consellería de Educación, Investigación, Cultura y Deporte de la Generalitat Valenciana 24/2017, de 21 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las becas de promoción de la excelencia académica del alumnado universitario de las universidades públicas y de los centros adscritos al Instituto Superior de Enseñanzas Artísticas de la Comunitat Valenciana, y 27/2017, de 3 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas para complementar las becas para la actividad de movilidad de estudiantes por estudios, del programa Erasmus, pertenecientes a instituciones públicas de educación superior de la Comunidad Valenciana; así como las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en la impugnación de aquellas.

Vulneración del derecho a la igualdad en relación con el derecho a la creación de centros docentes: nulidad de los preceptos reglamentarios que limitan el disfrute de becas a los alumnos matriculados en universidades públicas integrantes del sistema universitario valenciano (STC 191/2020). Voto particular.

Sentencia 139/2021, de 12 de julio de 2021. Recurso de amparo 4997-2018. Promovido por Titania Compañía Editorial, S.L., respecto de las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial y un juzgado de primera instancia de Madrid en juicio verbal sobre ejercicio del derecho de rectificación.

Supuesta vulneración de los derechos a la información y a la tutela judicial efectiva: resoluciones judiciales que estiman la pretensión de publicación del escrito de rectificación en el que predominan los elementos fácticos, al tiempo que disponen la corrección de sendas afirmaciones de carácter valorativo.

Sentencia 140/2021, de 12 de julio de 2021. Recurso de amparo 5508-2018. Promovido por doña Saida Mónica Ruano Rijo y tres personas más en relación con las sentencias dictadas por las salas de lo social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en proceso por despido.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la jurisdicción): resoluciones judiciales que impiden la fiscalización en procesos individuales de las causas justificativas del despido colectivo.

Sentencia 141/2021, de 12 de julio de 2021. Recurso de amparo 1576-2019. Promovido por don Cristóbal Gallego Gallego en relación con las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional en procedimiento por responsabilidad patrimonial de la administración de Justicia.

Vulneración de los derechos a la igualdad y a la presunción de inocencia: STC 125/2019 (denegación de indemnización resultante de la aplicación del precepto legal anulado por la STC 85/2019, de 19 de junio).

Sentencia 142/2021, de 12 de julio de 2021. Recurso de amparo 5429-2019. Promovido por Penrei Inversiones, S.L., respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia e instrucción de Lorca en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: STC 40/2020 [inadecuada utilización de la dirección electrónica habilitada como cauce de comunicación del primer emplazamiento procesal (SSTC 6/2019 y 47/2019) e inadmisión de la oposición a la ejecución resultante de la confusión del deber de las personas jurídicas de relacionarse con la administración de justicia por medio de comunicaciones electrónicas con la regulación del primer emplazamiento en los procesos civiles].

Sentencia 143/2021, de 12 de julio de 2021. Recurso de amparo 5776-2019. Promovido por don J.A.V.P. en relación con las sentencias de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y del Tribunal Militar Central que confirmaron una sanción administrativa por grave desconsideración con los superiores.

Vulneración de los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia: sanción disciplinaria impuesta con infracción del derecho de no autoincriminación por las declaraciones prestadas como testigo en un juicio verbal civil (STC 21/2021).

Sentencia 144/2021, de 12 de julio de 2021. Recurso de amparo 5785-2019. Promovido por don E.P.S. respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia de Torrelavega (Cantabria) en autos de juicio verbal sobre reclamación de cantidad.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): sentencia que establece el régimen de responsabilidad civil derivada del delito desconociendo lo resuelto anteriormente por un juzgado de menores. Voto particular

Sentencia 145/2021, de 12 de julio de 2021. Recurso de amparo 2205-2020. Promovido por don Juan Manuel Bermejo Pérez respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia e instrucción de Tarancón (Cuenca) en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: emplazamiento mediante edictos del demandado sin agotar las posibilidades de notificación personal (STC 122/2013).

Sentencia 146/2021, de 12 de julio de 2021. Recurso de amparo 2398-2020. Promovido por la Generalitat de Cataluña en relación con las resoluciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que tuvieron por no preparado su recurso de casación por infracción de la normativa autonómica.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): resoluciones judiciales que inadmiten, sin causa legal para ello, un recurso de casación basado en infracción de normas autonómicas (SSTC 128/2018 y 98/2020).

Sentencia 147/2021, de 12 de julio de 2021. Recurso de amparo 5275-2020. Promovido por don Carlos Aires da Fonseca Panzo respecto del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que autorizó su extradición a Angola.

Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías en conexión con los derechos a la libertad personal, de residencia y circulación: resolución judicial que acepta como soporte de la demanda de extradición un escrito de la fiscalía angoleña carente de refrendo judicial (STC 147/2020).

Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021. Recurso de inconstitucionalidad 2054-2020. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los

Diputados en relación con diversos preceptos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, y la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19.

Estado de alarma: nulidad parcial de los preceptos que restringen la libertad de circulación y habilitan al ministro de Sanidad para variar las medidas de contención en establecimientos y actividades económicas; inadmisión del recurso en relación con la orden ministerial. Votos particulares.

Tribunal Supremo¹

I. ACTO ADMINISTRATIVO

Revisión de oficio de actos: Seguridad Social: los actos declarativos de derechos no pueden revisarse de oficio, salvo que concurran en ellos errores materiales o de hecho ostensibles, manifiestos o indiscutibles y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario: caso contrario procede impugnación del acto ante la Jurisdicción Social.

TERCERO.- (...) La cuestión sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse, con el objeto de la formación de jurisprudencia, se centra en delimitar, a la luz de la regulación contenida en el artículo 146 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en que supuestos la Tesorería General de la Seguridad Social puede revocar de oficio actos administrativos firmes declarativos de derechos en perjuicio del beneficiario sin necesidad de instar ante el Juzgado de lo Social competente la oportuna demanda de revisión. (...)

la Tesorería General de la Seguridad Social no podrá ampararse en el privilegio de autotutela administrativa para revisar las altas de afiliación en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social, eludiendo la prohibición establecida en dicha disposición legal que dispone que las Entidades, órganos u Organismos gestores, o el Fondo de Garantía Salarial no podrán revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido del concurso. (...)

CUARTO.- (...) El supuesto de excepción a la aplicabilidad del Régimen General de revisión de los actos declarativos de derechos contemplado en el primer inciso del artículo 146.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, debe interpretarse en el sentido de que solo exime a las Entidades, órganos u Organismos gestores de la Seguridad Social de instar el correspondiente proceso judicial ante el Juzgado de lo Social competente, cuando la revisión tenga por objeto la rectificación de errores materiales o de hecho ostensibles, manifiestos o indiscutibles y

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 diciembre de 2020 y el 31 de marzo de 2021, aunque algunas estén fechadas con anterioridad a ese período.

los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, sin necesidad de acreditar que concurra animo defraudatorio en el mismo”.

(STS 1133/2021, de 15 de septiembre, Sala 3ª, Secc.3ª. Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat).

I. ACTO ADMINISTRATIVO

Real Decreto de nombramiento de Rector del Real Colegio de San Clemente de los Españoles de Bolonia: acto privado de S.M. el Rey parcialmente sujeto a Derecho administrativo debido a su forma de adopción: alcance de la sujeción y posibilidad de revisión de oficio.

“CUARTO.- (...) 10. En definitiva, el nombramiento de Rector es un “acto del Rey” no sujeto a Derecho Administrativo en cuanto a su contenido material, pues no interviene respecto del nombramiento acordado o propuesto por un poder público, sino por el órgano de gobierno de un ente privado según lo previsto en sus Estatutos, lo que se justifica por razón de la relevancia histórica del Real Colegio. Ahora bien, como acto del Rey que es hay un aspecto separable y sí sometido a Derecho Administrativo pues tal nombramiento se hace mediante Real Decreto publicado en el Boletín Oficial del Estado y en la Sección II, en la que bajo la rúbrica de “Autoridades y personal” se publican los nombramientos y ceses de altos cargos y del personal de la Administración.

11. Con tal opción se aprecia un ámbito de actuación que da cobertura administrativa a una intervención de la Jefatura del Estado mantenida tradicional y pacíficamente en el tiempo. Esto lleva a la aplicación de las normas reguladoras de la forma, refrendo y publicidad de los actos del Rey [cfr. artículo 9.2.b) de la Ley del 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno]. Se abre así ese limitado aspecto separable que permite juzgar la idoneidad del instrumento elegido -que sea real decreto-, si debe acordarse en Consejo de Ministros y a quien corresponde refrendarlo asumiendo la responsabilidad del Rey [cfr. Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público, artículos 2.2.h) y 4.1.h) en relación con la ya citada Ley del 50/1997, artículo 24.1.c) y 2].

12. Por tanto, ese limitado aspecto lleva a un régimen jurídico-administrativo que permite con fundamento plantear una revisión de actos nulos. Tal revisión es ajena tanto al contenido de la propuesta de nombramiento como al procedimiento seguido para acordarla en sede colegial, aspectos sujetos

a Derecho privado por su regulación exclusivamente estatutaria; tampoco alcanza al contenido del acto del Rey en cuanto al nombramiento del candidato propuesto, aspecto no sujeto a Derecho Administrativo en lo sustantivo o material; sí alcanza al procedimiento por el que los órganos de la Administración del Estado tramitan, dan forma y refrendan la adhesión de Rey a la propuesta de nombramiento”.

(STS 1224/2021, de 13 de octubre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: José Luis Requero Ibáñez).

VI. CONTRATOS

Prohibición de contratar acordada por la CNMC: ejecutividad: desde el mismo momento en que se dicte resolución sancionadora, siempre que concrete el alcance y duración de la prohibición de contratar, caso contrario tras el procedimiento ante la JCCPE e inscripción en el registro.

“QUINTO.- (...) La cuestión de interés casacional planteada consiste en determinar si la declarada prohibición de contratar que incluye la resolución sancionadora dictada por la CNMC ha de entenderse inmediatamente ejecutiva a los efectos de su eventual suspensión cautelar o, por el contrario, la ejecutividad de dicha medida se produce en un momento posterior tras la tramitación del procedimiento correspondiente ante la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

A tal efecto debe afirmarse que la prohibición de contratar acordada por la CNMC al amparo del art. 71.1. b) de la LCSP es una limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias. Los efectos de la prohibición de contratar solo se producen, y la limitación solo es ejecutiva, desde el momento en el que se concreta el alcance y duración de la prohibición, bien en la propia resolución sancionadora bien a través del procedimiento correspondiente y, en este último caso, una vez inscrita en el registro. Ello no impide que el órgano judicial, por vía cautelar, pueda suspender la remisión a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado cuando, entre otros supuestos, haya considerado necesario suspender cautelarmente la sanción a la que va anudada”.

(STS 1115/2021, de 14 de septiembre, Sala 3ª, Secc.3ª. Ponente: Diego Córdoba Castroverde).

VI. CONTRATOS

Revisión de oficio: ámbito: no solo actos separables, también los actos de ejecución del contrato.

“CUARTO.- (...) El artículo 34 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no se opone a que los actos de recepción de obras públicas puedan ser declarados nulos de pleno derecho a través del procedimiento de revisión de oficio en los supuestos en que concurren las causas de nulidad previstas en el artículo 62.1 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

(STS 1254/2021, de 22 de octubre, Sala 3ª, Secc.3ª. Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat).

VI. CONTRATOS

Obras adicionales al margen del contrato: inexistencia de liquidación definitiva del contrato principal: plazo de prescripción de acciones del contratista: *dies a quo*.

“CUARTO.- (...) damos respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión del presente recurso de casación señalando que, a efectos de fijar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción del contratista para reclamar a la Administración, aun no existiendo el acto formal de liquidación del contrato previsto en el artículo 110.4, en relación con el artículo 147, ambos del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (ahora artículos 210.4 y 243 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), cabe considerar que la prescripción se inicia cuando se produzcan otros actos concluyentes -como la certificación final de las obras seguida de la devolución de las garantía definitivas- que determinan o ponen de manifiesto la conclusión o extinción de la relación contractual”.

(STS 1257/2021, de 25 de octubre, Sala 3ª, Secc.3ª. Ponente: Eduardo Calvo Rojas).

VI. CONTRATOS

Contrato suscrito por sociedad mercantil disuelta, con sumisión a arbitraje: revisión de oficio (declaración de nulidad) por Ayuntamiento matriz: adecuación a Derecho.

“CUARTO.- (...) La Sala de apelación se equivoca, sin embargo, en el alcance de la cláusula de arbitraje y, consiguientemente, en la eficacia de los hechos jurídicos que se han ido produciendo en el caso. Hemos de partir de que el acto impugnado en el recurso contencioso administrativo es la declaración de nulidad de la adjudicación del contrato de obra por parte del Ayuntamiento de Leioa mediante el acuerdo de 2 de marzo de 2017. (...)

No se puede desconocer, sin embargo, que en el momento en que se produjeron los actos preparatorios y la adjudicación del contrato litigioso el sujeto actuante no era el Ayuntamiento de Leioa, sino la sociedad de capital público municipal Leioa Kirolak, por tanto, no una Administración pública propiamente tal. Pero esta circunstancia no va a tener incidencia en el presente supuesto por varias razones. En primer lugar, porque aunque se entendiera que se trata de un contrato privado sin más, como parece entender la Sala de apelación, es un contrato de regulación armonizada, cuyos actos preparatorios y de adjudicación están sometidos por sí mismos a la legislación administrativa según prescribe el artículo 34 del texto refundido que se acaba de reproducir. En segundo lugar, porque así se desprende de la propia cláusula de sometimiento al arbitraje privado del referido contrato, cuyo tenor era el siguiente: “18. Jurisdicción Competente. Todas las controversias que se planteen en relación con la preparación y adjudicación del presente contrato partes serán fiscalizadas por los órganos jurisdiccionales del orden contencioso administrativo. Leioa Kirolak y quien resulte adjudicatario del presente contrato acordarán someter toda controversia que surja en relación o con ocasión de la ejecución y cumplimiento del contrato, así como sobre su eficacia y resolución, a arbitraje” (...)

SÉPTIMO.- Sobre las cuestiones de interés casacional.

De la interpretación que se ha efectuado de las normas aplicables al caso en los anteriores fundamentos de derecho debemos concluir que una cláusula de sumisión a arbitraje de derecho privado en un contrato de obra no impide por sí mismo el ejercicio por una Administración Pública de su potestad de revisión de oficio de los actos de adjudicación de dicho contrato. La relevancia de que la Administración no fuese quien originariamente adjudicase el contrato, sino que haya ocupado posteriormente la posición jurídica de un poder adjudicador

no Administración Pública dependerá de las circunstancias del caso concreto, no resultando en el de autos un óbice para el ejercicio de la facultar de proceder a una revisión de oficio por las razones expresadas en el fundamento de derecho cuarto. Igualmente, la procedencia de la revisión de oficio o del arbitraje, así como la relevancia del criterio temporal, dependerán de las circunstancias concurrentes en el caso concreto de que se trate, como el tenor de la propia cláusula de arbitraje o la naturaleza del acto sobre el que se plantea el litigio, entre otros”.

(STS 1346/2021, de 17 de noviembre, Sala 3ª, Secc.3ª. Ponente: Eduardo Espín Templado).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Licencias de prestación de servicios audiovisuales: supuestos de decaimiento de la reserva de dominio público: inexistencia de obligación de convocatoria de concurso por la Administración para el otorgamiento de las licencias.

“NOVENO.- Sobre la cuestión de interés casacional. (...) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.4 de la Ley General de Comunicación Audiovisual, en caso de transcurso de los plazos estipulados en dicho precepto tras la aprobación de un plan técnico nacional de un servicio de radio o televisión, sin que la Administración haya solicitado la afectación al servicio público de radio o televisión de que se trate de la reserva de dominio prevista en el citado plan o se haya convocado concurso para el otorgamiento de licencias, y sin que ningún interesado haya solicitado dicha convocatoria, la reserva de dominio decaerá y será excluida de la planificación. En consecuencia y dados tales presupuestos, la Administración no estaría ya obligada a la convocatoria de concurso a solicitud de cualquier interesado hasta que se efectúe una nueva reserva de dominio y se produzca la correspondiente afectación al servicio público de radio o televisión”.

(STS 1141/2021, de 16 de septiembre, Sala 3ª, Secc.3ª. Ponente: José María del Riego Valledor).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Estado de alarma: reducción del plazo de validez de las ITVs que no pudieron realizarse: impugnación de la Orden SND/413/2020, de 15 de mayo, por la que se

establecen medidas especiales para la inspección técnica de vehículos: vulneración del RD 920/2017: estimación del recurso.

“QUINTO.- (...) El Real Decreto 920/2017 --que, no lo olvidemos, traspone la Directiva 2014/45/UE y contiene la regulación de la inspección técnica de vehículos-- establece en su artículo 6.5 el plazo de validez de las inspecciones periódicas (...) Esas frecuencias están fijadas en los apartados anteriores de este artículo 6 y su apartado 7 enumera los supuestos en que, a título de excepción, se puede exigir que un vehículo se someta a inspección antes de la fecha indicada, ninguno de los cuales tiene que ver con lo que ahora se discute. (...) Así, pues, el apartado segundo de la Orden SND/413/2020 se aparta de lo previsto por el artículo 6 del Real Decreto 920/2017.

No puede ampararse para ello en el Real Decreto 463/2020, porque nada se dice en él sobre lo que estamos considerando”.

(STS 1237/2021, de 18 de octubre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva; reiterada en otras posteriores, como la STS 1243/2021, de 19 de octubre).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Centros de terapia natural: consideración de centros sanitarios: sujeción a autorización.

“CUARTO.- (...) a los efectos examinados, se trata de centros sanitarios, aunque presten servicios que no respondan a los propios de la ortodoxia médica, sino a la denominada medicina alternativa o no convencional, pero que tienen una indudable finalidad terapéutica, pues aplican remedios para el tratamiento de enfermedades o de dolencias. Por lo que en el caso examinado, se constata, por la Sala de instancia, que tras una visita de la inspección al expresado centro, “The Body Garage”, se realizaban actividades de osteopatía, quiromasaje, acupuntura y terapias naturales, aunque en ese momento no se estaban aplicando a pacientes. Y que se practicaban sin la correspondiente autorización.

La relación de ese tipo de actividades terapéuticas sobre las personas tiene una directa relación con la salud, de manera que a tenor del marco jurídico de aplicación, y su interpretación conforme con la naturaleza de las técnicas empleadas sobre las personas con la finalidad de curar o de proporcionar alivio, determina que resulte precisa la correspondiente autorización administrativa. En efecto, mediante este medio de intervención, se garantizan

las mínimas condiciones de higiene, seguridad y calidad en la prestación de los servicios que se llevan a cabo en dicho centro, pues, insistimos, su actividad, por mucho que se aluda a su naturaleza parasanitaria, no puede desvincularse del derecho a la salud”.

(STS 1310/2021, de 3 de noviembre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: María del Pilar Teso Gamella).

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Jueces y Magistrados: obligación de utilizar los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos puestos a su disposición: incumplimiento: sanción: conformidad a Derecho.

“CUARTO.- (...) Por todo ello es inevitable llegar a la conclusión de que al magistrado sancionado le pareció inaceptable todo lo que no fuera el método de trabajo al que se había habituado, sin que pusiese en cambio el menor empeño en que se arbitrara una solución ofimática alternativa, inclusive la de programas de reconocimiento de voz. El magistrado sancionado ha rechazado como supuestamente incompatible con su estado físico todo lo que no fuera disponer de personal administrativo para transcribir al dictado sus resoluciones y para la transcripción de sus minutas, presentadas éstas de una manera extravagante y que requerían un esfuerzo singular por parte del personal auxiliar al que se le encomendaba tal tarea”.

(STS 1087/2021, de 22 de julio, Sala 3ª, Secc.6ª. Ponente: Eduardo Espín Templado).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Limitaciones de derechos fundamentales para contención de la pandemia por COVID-19: imposición del “pasaporte sanitario” para entrada en establecimientos de restauración y ocio: adecuación a derecho.

“NOVENO.- (...) El contenido de los detallados informes pone de manifiesto, con abundancia de datos científicos al respecto y mediante la identificación de las fuentes de sus aseveraciones, que la única medida eficaz posible, para proceder a la apertura de los locales de ocio, que proporcione un alto nivel de protección para la salud pública, es la implantación del denominado pasaporte covid, pues solo ella puede disminuir considerablemente el riesgo de contagio en dichos establecimientos.

No es preciso, desde luego, que la medida que se postula, impida de modo absoluto cualquier tipo de contagio, es decir, que resulte infalible, pues no existe en el estado actual de la ciencia ese riesgo cero. Pero para la determinación de la idoneidad y necesidad de la medida es bastante que la misma resulte eficaz, apropiada y proporcionada, para alcanzar la finalidad de protección de la vida y la salud que resulte compatible con la realización de la actividad. El beneficio que proporciona la medida, respecto de la reducción significativa de los contagios, es muy superior al sacrificio que comporta la exigencia de presentar la documentación para el acceso al local. En definitiva, no se atisba ninguna medida que resulte más adecuada para salvaguardar la vida y la salud de los ciudadanos, en ese tipo de locales.

(...) Pero es que, además, la medida que se postula no se implanta de forma indiscriminada en todo el territorio de la Comunidad Autónoma, haciendo tabla rasa de la diferente incidencia de la pandemia sobre las diferentes zonas del territorio. Al contrario, la Orden establece una suerte de mapa que gradúa la incidencia de la pandemia en cada lugar. Se fijan al efecto diversos niveles de restricción, según la gravedad de la incidencia de la Covid-19 en los diferentes municipios. Y en cada uno de los cuatro niveles de restricción previstos: máximo, alto, medio y bajo, se incluyen y relacionan, según el anexo de la Orden, los diferentes municipios gallegos que se encuentran en cada nivel. La medida reviste también un carácter temporal, según “los principios científicos, las pruebas científicas y la información disponible en cada momento”. Como es natural, las medidas deben adecuarse, como señalamos, a la realidad necesariamente cambiante, atendida la evolución de la enfermedad y el estado de la ciencia en cada momento. Debiendo mediar la adecuada correspondencia y la necesaria vinculación, entre la realidad sobre la que se actúa, la finalidad que se persigue, y el medio adecuado para su consecución.

La medida, en consecuencia, ha sido justificada respecto de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad”.

(STS 1112/2021, de 14 de septiembre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: María del Pilar Teso Gamella).

XIII. FUENTES

Omisión reglamentaria: Orden ministerial que sigue fijando precio del gas por sistema tradicional cinco años después de que un Real Decreto haya ordenado regularlo por subasta: ilegalidad: anulación del reglamento.

“QUINTO.- Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala que se acaba de reseñar, el control jurisdiccional de las omisiones reglamentarias, que es de carácter restrictivo, es viable en los dos casos siguientes: i) cuando la omisión reglamentaria constituya un incumplimiento de una obligación expresamente prevista por la ley y ii) cuando esa omisión reglamentaria suponga la creación implícita de una situación jurídica contraria al ordenamiento jurídico”.

(STS 1337/2021, de 16 de noviembre, Sala 3ª, Secc.3ª. Ponente: Eduardo Calvo Rojas).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Tutela cautelar: previsiones reglamentarias de causas de exclusión para el ingreso en la Policía Nacional: *periculum in mora*: suspensión cautelar

“CUARTO.- (...) En el presente caso, una vez descartada la única razón esgrimida por el Abogado del Estado para negar el *periculum in mora*, sólo queda por analizar si el tiempo de tramitación y resolución de este recurso contencioso-administrativo determinaría, en el supuesto de estimación del mismo, la frustración de la finalidad perseguida por los recurrentes. La respuesta debe ser afirmativa. Aunque el tiempo medio de duración de un recurso contencioso-administrativo ante esta Sala es bastante menor al indicado por los recurrentes, no deja de ser superior a un año; lo que significa que, de no otorgarse la suspensión cautelar de los puntos del Real Decreto 326/2021 que son objeto de este recurso contencioso-administrativo, la eventual estimación de éste no impediría que los recurrentes hubieran perdido al menos la oportunidad de participar en una oposición libre para el ingreso en la Policía Nacional. Y la pérdida de esta oportunidad comportaría, sin duda, un perjuicio en términos de tiempo, energía e incluso motivación psíquica. El *periculum in mora* es, así, claro”.

(ATS de 28 de septiembre de 2021, rec.204/2021, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Luis María Díez-Picazo Giménez).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Vía de hecho: desatención por la Administración del requerimiento previo: plazo del recurso contencioso-administrativo: posibilidad de reiterar el requerimiento mientras persista la vía de hecho, reiniciándose el plazo de recurso.

“QUINTO.- (...) V. Doctrina jurisprudencial sobre la cuestión de interés casacional suscitada.

En atención a las consideraciones expuestas, debemos dar respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en los siguientes términos: ante una actuación de la Administración aparentemente realizada en vía de hecho, consistente en la ocupación ilegal de una propiedad privada, el interesado podrá reiterar sus requerimientos de cese en dicha ocupación mientras ésta persista, con la consecuencia de que, con cada requerimiento inatendido por la Administración, se abrirá una nueva posibilidad de interponer el correspondiente recurso contencioso administrativo, comenzando a computarse de nuevo el plazo para ello”.

(STS 1195/2021, de 1 de octubre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Fernando Román García).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Procedimiento abreviado: iniciación mediante recurso interpuesto en plazo pero erróneamente al deberse iniciar por demanda: plazo de subsanación: hasta que se notifique el auto de archivo del procedimiento.

“SEXTO.- (...) Una de las particularidades del procedimiento abreviado reside en que la interposición del recurso y el escrito de demanda se integran en un único escrito/trámite. En cambio, acabamos de ver, que la regulación de dicho trámite en el procedimiento ordinario se disocia en dos escritos separados con contenido y plazos de presentación distintos, aunque el escrito de demanda debe dirigirse contra el mismo acto o disposición general indicado en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo así como mantenerse la pretensión inicial interesada.

Aquí el escrito inicial del procedimiento contencioso-administrativo fue presentado oportunamente en plazo, pero de forma deficiente al contemplar solo la faceta de interposición mas omitiendo en el mismo el desarrollo de la demanda con sus antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho que determinan la pretensión (artículo 56 LJCA).

Por ello, atendiendo al principio “pro actione” si el recurso en el procedimiento abreviado se inicia directamente con demanda, como exige el artículo 78.2 LJCA, debe entenderse que la analogía en la aplicación supletoria de las normas generales, artículo 78.23 LJCA, lo es con el escrito de demanda que,

hemos visto, permite la subsanación, no con el simple escrito de interposición del recurso contencioso en el procedimiento ordinario.

Lo relevante es que el llamado por el recurrente escrito de interposición que, en realidad debería haber sido una demanda, fue presentado en plazo, razón por la que fue requerido de subsanación a fin de acomodar el citado escrito al contenido de una demanda. Y si bien no subsanó mediante la presentación de una demanda en la forma exigida por la LJCA en el plazo concedido si lo hizo en el día en que le fue notificado el auto del Juzgado número 5 de Sevilla acordando el archivo de las actuaciones e inadmitiendo a trámite la demanda.

Por todo ello procede la estimación del recurso de casación”.

(STS 1262/2021, de 25 de octubre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Celsa Pico Lorenzo).

XVIII. PERSONAL

Funcionarios docentes interinos: cese a la terminación del curso y readmisión en el reinicio del siguiente: adecuación a Derecho e inexistencia de derecho a cobro de retribuciones por el período, reconocimiento de antigüedad y otros efectos.

“SÉPTIMO.- La doctrina jurisprudencial sobre la cuestión de interés casacional.

De lo razonado se sigue que, la finalización del vínculo de relación de servicio se produce en las respectivas fechas de los ceses del personal funcionario interino -que en este caso fue a 30 de junio de cada uno de los años reclamados-, y la iniciación de un nueva relación de servicio al inicio del siguiente curso escolar no invalida los efectos jurídicos de cada uno de los ceses precedentes, y, por ende, no otorga derecho alguno al funcionario interino en esta situación para percibir retribuciones por el periodo de tiempo transcurrido entre el cese anterior y el inicio de una nueva relación de servicio, como tampoco otorga derecho al reconocimiento de otros efectos de índole administrativa, como antigüedad o cómputo de servicios prestados, en relación al indicado periodo”

(STS 1065/2021, de 20 de julio, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Rafael Toledano Cantero).

XVIII. PERSONAL

Órganos de selección: prohibición de integrar a personal de designación política: no incluye puestos de libre designación ocupados por funcionarios de carrera.

“TERCERO.- (...) 9. En consecuencia, respecto de las prohibiciones previstas en el artículo 60.2 del EBEP se concluye que pueden integrarse en órganos o comisiones de selección a los que se refiere el artículo 60 en relación con el artículo 46 del Reglamento General de Promoción, los funcionarios de carrera elegidos para puestos de libre designación mediante convocatoria, en los que ejerzan las funciones que les son propias, sin que esta forma de provisión de plazas se identifique con cargos de elección o designación política”.

(STS 1191/2021, de 30 de septiembre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: José Luis Requero Ibáñez).

XVIII. PERSONAL

Omisión de impugnación de bases de concurso: no impide impugnación de actos de aplicación siempre que exista vulneración de derechos fundamentales; méritos reunidos en el extranjero: no valoración: discriminación: estimación del recurso.

“SEXTO.- La respuesta a la cuestión de interés casacional. En efecto, vulnera el derecho a la igualdad y a la libertad de circulación de personas, la exclusión de la prestación de servicios en instituciones sanitarias públicas de Suiza, como mérito evaluable en un proceso selectivo al que concurre una nacional española, al igual que la no consideración de la actividad desarrollada en el ámbito de la formación y de la investigación”.

(STS 1203/2021, de 4 de octubre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Celsa Pico Lorenzo).

XVIII. PERSONAL

Externalización de servicio: cese de funcionario interino: reiteración de doctrina casacional: inexistencia de derecho al abono de indemnización alguna.

“SÉPTIMO.- La respuesta a la cuestión de interés casacional. Como se ha anticipado en el fundamento anterior la reciente sentencia de 27 de octubre de 2021 (recurso de casación: 3598/2018) recuerda las anteriores de 28 de mayo y 21 de julio de 2020 (recursos de casación: 5801/2017 y 102/2018) señalando que la doctrina jurisprudencial que ha fijado esta

Sala y Sección es la de que “el cese de un funcionario interino, con una única relación de servicios, no determina derecho a indemnización de 20 días de año de trabajo desempeñado previsto en la legislación laboral y no en la legislación funcionarial” (sentencia 602/2020). Y en la sentencia 1062/2020 se dice que «La legislación española sobre función pública, que no prevé el abono de indemnización alguna a los funcionarios interinos, ni a los funcionarios de carrera cuando se extingue la relación de servicio no se opone a la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco...»”.

(STS 1333/2021, de 15 de noviembre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Celsa Pico Lorenzo).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Auto de autorización de entrada en domicilio: anulación: efectos: *ex tunc*: privación de cobertura a la incautación de documentos y otro material realizada durante el registro.

“UNDÉCIMO.- A la vista de todo lo expuesto, la respuesta a las cuestiones de interés casacional objetivo debe ser que la anulación del auto de autorización de entrada en domicilio surte efectos *ex tunc*, privando de la necesaria cobertura a la incautación de documentos y otro material realizada durante el registro domiciliario; y que a este respecto es irrelevante que la anulación del auto fuera debida a la falta de motivación del mismo y que se hubiese ordenado al Juez dictar otro debidamente motivado.

Ello conduce a casar la sentencia impugnada y, en su lugar, a estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Rojas Hermanos S.A. y de don Luis Alberto y doña Adriana, declarando que la entrada de la AEAT en sus locales vulneró el artículo 18 de la Constitución y que los demandantes tienen derecho a que la AEAT les devuelva los documentos y soportes informáticos entonces incautados”.

(STS 1174/2021, de 27 de septiembre, Sala 3ª, Sección 4ª. Ponente: Luis María Díez-Picazo Giménez).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Administrador único de sociedad: acreditación de representación ante la Administración: no la requiere; certificado de representante de persona jurídica: exime de presentar un poder de representación con cada actuación concreta.

“QUINTO. Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación.

El administrador único de una sociedad anónima ostenta la representación externa de la misma, por lo que puede actuar como representante de dicha entidad ante la Administración Pública sin necesidad de disponer de un poder específico para ello, dado que su representación la ostenta ex lege mientras esté vigente su nombramiento.

El administrador único que ha obtenido del organismo certificador competente un certificado de firma electrónica que le habilita para actuar telemáticamente en representación de una persona jurídica no necesita aportar, mientras esté vigente dicho certificado, un poder de representación de la sociedad con motivo de cada actuación concreta ante la Administración”.

(STS 1179/2021, de 28 de septiembre, Sala 3ª, Sección 3ª. Ponente: Diego Córdoba Castroverde).

XIX PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Declaración de nulidad: efectos: *ex tunc*, desde que se dictó la resolución inválida.

“SÉPTIMO.- La respuesta a las cuestiones planteadas por el auto de admisión.

A la primera de las preguntas formuladas por el auto de admisión, de acuerdo con lo que se ha dicho antes, hemos de responder que los actos administrativos consentidos, por no haber sido objeto de recurso en el plazo establecido y cuya nulidad de pleno Derecho se afirme, solamente podrán ser removidos mediante el procedimiento de revisión de oficio previsto por el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común.

La respuesta a la segunda pregunta ha de ser que los efectos de la declaración de nulidad han de operar desde el momento en que se dictó la resolución que la padece, sin perjuicio de los límites establecidos por la Ley en materia de prescripción de las obligaciones de la Hacienda Pública y de los sentados por el apartado 4 de la disposición derogatoria de la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha 1/2012, de 21 de febrero, de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales”.

(STS 1189/2021, de 29 de septiembre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Luis María Díez-Picazo Giménez).

XIX PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Revisión de oficio de las bases de una convocatoria de pruebas selectivas ya enteramente celebradas: no puede vulnerar el principio de seguridad jurídica: estimación del recurso.

“SÉPTIMO.- La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión. Conforme a los argumentos que nos han llevado a la conclusión que juzgamos conforme a Derecho en este singular litigio, debemos declarar ahora, en respuesta a la primera de las cuestiones que nos ha sometido el auto de admisión, que la revisión de oficio que pueda emprender la Administración de las bases por la que se rige un proceso selectivo ya realizado y de sus actos de aplicación no puede conducir a resultados contrarios al principio de seguridad jurídica. Y, en contestación a la segunda, procede decir que la nota de corte a aplicar a quienes se encuentren en las circunstancias de la recurrente es la inicialmente fijada”.

(STS 1282/2021, de 29 de octubre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Pablo María Lucas Murillo de la Cueva).

XIX PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Principio y derecho a la buena administración: vulneración: transcurso de un plazo excesivo desde la finalización de las actuaciones previas a la iniciación del expediente sancionador: anulación de sanción.

“SEGUNDO.- (...) el principio de buena administración tiene una base constitucional y legal indiscutible. Podemos distinguir dos manifestaciones del mismo, por un lado constituye un deber y exigencia a la propia Administración que debe guiar su actuación bajo los parámetros referidos, entre los que se encuentra la diligencia y la actividad temporánea; por otro, un derecho del administrado, que como tal puede hacerse valer ante la Administración en defensa de sus intereses y que respecto de la falta de diligencia o inactividad administrativa se refleja no ya sólo en la interdicción de la inactividad que se deriva de la legislación nacional, arts. 9 y 103 de la CE y 3 de la Ley 39/2015, -aunque expresamente no se mencione este principio de buena administración-, sino de forma expresa y categórica en el art. 41 de la CEDH, (...)

Dicho lo anterior, a la cuestión con interés casacional cabe responder en el sentido de que la fecha de inicio del cómputo del plazo máximo de resolución en el procedimiento sancionador en materia de contrabando a los

efectos de apreciar la existencia o no de caducidad es la de la notificación de la comunicación de inicio del procedimiento y no desde la fecha de las actuaciones previas, excepto que estas se utilicen fraudulentamente para alargar el plazo de seis meses para concluir el procedimiento sancionador, debiéndose entender que la inactividad injustificada y desproporcionada de la Administración desde la finalización de las actuaciones previas al inicio del expediente sancionador, conculca el derecho del interesado a la buena administración en su manifestación de no sufrir dilaciones injustificadas y desproporcionadas, y vicia las posteriores actuaciones llevadas a cabo por conculcar el principio de buena administración”.

(STS 1312/2021, de 10 de noviembre, Sala 3ª, Sección 2ª. Ponente: José Antonio Montero Fernández).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Ejecución forzosa entre Administraciones públicas, en ejecución de convenio: cabe el apremio interadministrativo, siempre que se reúnan todos los requisitos de la ejecución forzosa y no se afecte a bienes demaniales.

“QUINTO. Respuesta a la cuestión que se suscita como de interés casacional objetivo. Teniendo en cuenta los anteriores fundamentos hemos de concluir, dando respuesta a la cuestión que suscita interés casacional, que cuando en el desarrollo de un convenio interadministrativo, una de las Administraciones contratantes (acreedora) dicta un acto estableciendo una determinada deuda a satisfacer por la otra Administración contratante (deudora), y dicha declaración adquiere firmeza, no pudiendo ser impugnada en vía administrativa ni jurisdiccional, la Administración acreedora puede acudir al procedimiento de apremio, caso de que por parte de la Administración deudora no se atiende el requerimiento de pago de la deuda declarada por resolución definitiva; siempre que se reúna todos los presupuestos formales del mencionado procedimiento de ejecución y con los límites que comporta la salvaguarda de los bienes de dominio público que pudieran verse afectados en su tramitación”.

(STS 1245/2021, de 19 de octubre, Sala 3ª, Sección 5ª. Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Deber de resolver y notificar en plazo: notificaciones electrónicas: cumplimiento del deber con ocasión del depósito de la notificación en sede electrónica o DEHU.

“QUINTO.- Respuesta a la cuestión que reviste interés casacional. De acuerdo con lo anteriormente razonado, y en respuesta a la cuestión de interés casacional formulada en el auto de admisión de este recurso de casación, sobre cuándo debe entenderse cumplida la obligación de notificar, a efectos del dies ad quem del plazo de 12 meses establecido por el artículo 42.4 de la Ley 38/2003 en las notificaciones por medios electrónicos, la Sala considera que, de conformidad con los artículos 40.4 y 43.3 de la Ley 39/2015 y 45.3 del RD 203/2021, en las notificaciones practicadas a través de medios electrónicos, la obligación de la Administración de notificar dentro del plazo máximo de duración del procedimiento se entenderá cumplida con la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante o en la dirección electrónica habilitada única”.

(STS 1320/2021, de 10 de noviembre, Sala 3ª, Sección 3ª. Ponente: José María del Riego Valledor).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Subvenciones: denegación de licencias para actividades industriales subvencionadas: posterior reconocimiento de las licencias en vía judicial: expediente de reintegro por no obtener las licencias: legalidad del reintegro: en su caso, cabrá exigir responsabilidad patrimonial a la Administración por la denegación de las licencias.

“SEGUNDO.- (...) La obtención de las licencias necesarias para poder llevar a cabo la instalación y así cumplir con el compromiso asumido en el plazo concedido incumbe al subvencionado y se constituye como una condición esencial a la que se vinculaba la obtención de la ayuda. De modo que su incumplimiento implicaba la revocación de la subvención obtenida.

El hecho de que el beneficiario de la subvención tuviese pendiente un recurso contencioso-administrativo, que tenía por objeto establecer si era o no conforme a derecho la denegación de la licencia, en el momento en el que se inició el procedimiento de reintegro no modifica esta conclusión. El procedimiento de reintegro no tiene por finalidad pronunciarse sobre si el recurrente tenía o no derecho a la obtención de la licencia, sino comprobar si el subvencionado cumplió o no con el compromiso adquirido y si lo hizo en el plazo concedido al efecto.

La actuación administrativa destinada a obtener el reintegro no puede quedar suspendida a la espera de un pronunciamiento definitivo sobre la licencia solicitada, con la consiguiente paralización que ello implica, ni la posterior sentencia estimatoria concediendo la licencia modifica el hecho de que el subvencionado no cumplió con el compromiso asumido en el plazo concedido.

La responsabilidad de dicho incumplimiento y los eventuales efectos de una sentencia estimatoria -en la que se reconozca que el subvencionado tenía derecho a la construcción y puesta de funcionamiento de la instalación correspondiente-, podrán ser valoradas en otros procedimientos a los fines, pero no condiciona la decisión sobre el reintegro que ahora nos ocupa.

La devolución de la subvención anticipada debe producirse cuando se incumple el propósito para el que fue concedida la ayuda al margen de la culpa del beneficiario. Lo contrario implicaría que se estarían concediendo fondos públicos para un propósito que no ha llegado a ejecutarse y pese a ello no es posible solicitar su reintegro. (...)

El intento de trasladar a la Administración territorial la “culpa” de no conceder las autorizaciones preceptivas podrá ser analizada en otro contexto para determinar su eventual responsabilidad, pero no justifica sin más que la empresa beneficiaria se creyera legitimada para prescindir unilateralmente de la condición que le había sido impuesta”.

(STS 1335/2021, de 16 de noviembre, Sala 3ª, Sección 3ª. Ponente: Diego Córdoba Castroverde).

XX. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Pretensión de indemnización en proceso por inactividad (artículo 29 LJCA): inexistencia de previsión legal: principio de economía procesal: procedencia de la vía.

“SÉPTIMO.- Queda por examinar la pretensión indemnizatoria formulada por la demandante. El Abogado del Estado pide que se inadmita esta pretensión por no haber sido recogida en el requerimiento previo dirigido al Gobierno y, por tanto, por no haber podido ser examinada en vía administrativa. Esta objeción no puede prosperar. La Exposición de Motivos de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa explica claramente que el procedimiento regulado en su art. 29.1 no tiene por objeto la revisión de una actuación administrativa, que por definición no existe; lo que es tanto como decir que no hay vía administrativa previa.

El requerimiento previo es, así, una mera intimación a la Administración para que ponga fin a su inactividad; intimación que la ley configura como una condición para acudir a la vía contencioso-administrativa. De aquí que las pretensiones que pueden formularse en el procedimiento del art. 29.1 de la Ley Jurisdiccional no estén circunscritas por lo que se haya manifestado en el requerimiento previo.

Sin embargo, es conveniente observar que la pretensión de indemnización de daños y perjuicios no está expresamente prevista para el procedimiento del art. 29.1 de la Ley Jurisdiccional. Este precepto sólo contempla la posibilidad de exigir a la Administración que realice una prestación a la que el demandante tiene derecho. Y el art. 32.1 del propio cuerpo legal, ubicado sistemáticamente en el capítulo relativo a las posibles pretensiones de las partes, dice que: “[...] cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas [...]”.

No hay, así, una previsión legal que dé cobertura a la pretensión indemnizatoria en el mencionado procedimiento. Dicho esto, ninguno de los preceptos citados excluye tajantemente esa posibilidad. De aquí que, en ausencia de un criterio jurisprudencial establecido al respecto, esta Sala entiende que elementales exigencias de economía procesal conducen a admitir que en el procedimiento del art. 29.1 de la Ley Jurisdiccional se formule una pretensión indemnizatoria siempre que los daños o perjuicios que se trate de reparar estén clara y directamente relacionados con la inactividad de la Administración”.

(STS 1332/2021, de 15 de noviembre, Sala 3ª, Sección 4ª. Ponente: Luis María Díez-Picazo Giménez).

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹

VI. CONTRATACION ADMINISTRATIVA

Contrato de arrendamiento de servicios. Redacción de Proyecto de planeamiento. Valor de la aprobación definitiva. Retraso de esta por la Administración que en la demora deniega la aprobación definitiva del contrato.

PRIMERO

La Sentencia apelada, de fecha 2 de mayo de 2017, declara conforme a Derecho la actuación administrativa impugnada y desestima la demanda formulada.

Se impugnó en la instancia la desestimación por silencio administrativo de la reclamación presentada Asitec Ingeniería, Urbanismo y Medio Ambiente SL, el día 16 de septiembre de 2014 ante el Ayuntamiento de Ogíjares del pago del importe de honorarios profesionales derivados del contrato de arrendamiento de servicios de 24 de abril de 2006 consistente en la redacción de proyectos técnicos necesarios para el desarrollo del suelo urbanizable de uso industrial del Plan General de Ordenación Urbana de Ogíjares.

Argumenta la Sentencia apelada que la Administración local abonó a la mercantil una factura por importe de 34.334,49 euros en concepto de parte proporcional del plan de sectorización del sector industrial de Ogíjares conforme al contrato cuando se produjo la aprobación provisional, y que la cantidad reclamada en esta apelación por importe de 26.997,50 euros más IVA, nacerá cuando se realice la aprobación definitiva de la ordenación pormenorizada del plan de sectorización, de forma que la obligación de pago nace en virtud de contrato en el momento de la aprobación definitiva y no antes, y que según certificado del secretario del Ayuntamiento de Ogíjares de 4 de abril de 2016 no se había producido la aprobación definitiva.

SEGUNDO

La parte apelante considera infringido el artículo 1.544 del Código Civil (LEG 1889, 27), en relación con los artículos 1.281 y siguientes, y entiende que hay error en la valoración de la prueba, ya que el contrato por el que se

¹ Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

reclama se califica como contrato de arrendamiento de servicios y no como contrato de arrendamiento de obra como parece hacer la Sentencia apelada.

Se argumenta que el contrato celebrado es un contrato de arrendamiento de servicios, y que no existe ninguna estipulación que condicione la obligación de pago a la obtención de un concreto resultado, sino que se estableció una forma de pago por el trabajo realizado, no supeditado el pago a la aprobación de los instrumentos de planeamiento por ser una cuestión que no corresponde a la mercantil, sino a la Administración competente.

En ese sentido, se entiende que es claro el tenor de las cláusulas y estipulaciones del contrato para calificar el contrato como de arrendamiento de servicios, que no está condicionado a que se materialice o no una obra determinada, según la jurisprudencia que cita.

Finalmente se alega que el Ayuntamiento no ha puesto reparos a los trabajos realizados, y que el propio Ayuntamiento de Ogijares ha reconocido la realización de los trabajos mediante la aceptación y pago de la factura, sin que se abonara la cantidad reclamada por la falta de aprobación definitiva que depende únicamente de la Administración, por lo que, en conclusión, de acuerdo con el artículo 99 de la Ley de Contratos de la Administración Pública se tiene derecho al pago de la cantidad reclamada ya que no existe incumplimiento imputable a la mercantil.

TERCERO

El Ayuntamiento apelado se opone al recurso de apelación interpuesto, y considera que la Sentencia apelada, cuya confirmación solicita, realiza una correcta interpretación de las cláusulas del contrato, que suponían, a su juicio, la obligación de realizar proyectos técnicos necesarios para el desarrollo del suelo urbanizable de uso industrial terciario del futuro parque empresarial de Ogijares, y que serían abonados, en lo que a esta apelación interesa, “una vez obtenida la aprobación definitiva de dicho documento”, en alusión a la aprobación definitiva de la ordenación pormenorizada del plan de sectorización.

Se expone que la mercantil presentó la segunda factura cuando se produjo la aprobación provisional, y que por tanto asumió que para el pago de la factura ahora reclamada era necesaria la aprobación definitiva, que, al no haberse producido, impide que se devengue el importe reclamado.

Se aduce que el documento aprobado definitivamente es sustancialmente diferente al presentado en el momento inicial por Asitec, debido a las

modificaciones que hubieron de introducirse para adecuarlo a lo exigido por la Administración autonómica.

CUARTO

La cuestión jurídica objeto de este proceso debe resolverse en función de la interpretación que se realice del contrato de 24 de abril de 2006 que obra a los folios 1 a 6 del expediente administrativo.

Se trata de un contrato en el que la mercantil aquí apelante Asitec se compromete a realizar “trabajos de consultoría técnica” divididos en tres bloques:

- a) Levantamiento topográfico, taquimétrico y deslinde parcelas sobre 650.000 m², lo que incluye, entre otras tareas, establecimiento de bases de replanteo, toma de datos, deslinde de parcelas y realización de fichas de las propiedades;
- b) estudio previo de infraestructuras, lo que a su vez supone estimación de necesidades estructurales, gestión de solicitudes de acometida y entronque de luz y agua, y previsión de espacios para instalaciones;
- y c) ordenación del sector industrial de Ogíjares, que implica, en resumen, la redacción de la documentación para la tramitación, estudios de la estructura de la propiedad, de la estructura urbana y de las fases y etapas de desarrollo.

La valoración económica de los trabajos se fija en 166.119,29 euros.

Y la forma de pago era por terceras partes: la primera a la entrega de los documentos indicados, la segunda tras la aprobación provisional del documento de Ordenación por el Ayuntamiento de Ogíjares y la tercera una vez obtenida la aprobación definitiva de dicho documento.

QUINTO

La Sentencia apelada considera, tras la valoración de la prueba y la interpretación del contrato, que puesto que no se ha producido la aprobación definitiva no procede el abono de la cantidad de 26.997,50 euros más IVA, y concluye que el abono de esta última parte del contrato quedaba supeditado a la aprobación definitiva.

No se comparte tal conclusión, ya que la forma de pago o el plazo para el pago es una cláusula del contrato que es independiente de las obligaciones del contrato, y lo cierto es que la obligación de pago surge cuando la mercantil

cumple con las obligaciones del contrato, siendo cuestión distinta cuándo se abone el precio.

Esto es, la obligación de pago del precio del contrato surge cuando la mercantil cumple sus obligaciones, con independencia de cuándo se haya pactado el pago o abono del precio.

Así las cosas, hay dos cuestiones que se deben analizar por separado: 1) si la mercantil ha cumplido con las obligaciones que le son inherentes en función del contrato, y 2) cuándo procede su pago, una vez cumplidas las obligaciones que le incumbían.

SEXTO

Sobre la cuestión relativa a si se han cumplido las obligaciones por parte de la mercantil, la Sentencia apelada da por hecho que se han cumplido, en la medida en que únicamente desestima el recurso por entender que hasta que no se produzca la aprobación definitiva no procede el pago.

El Ayuntamiento de Ogijares niega que la mercantil hubiera realizado todo el trabajo, pero examinado el expediente administrativo no consta ningún reparo a los trabajos presentados, ni tampoco ningún requerimiento destinado a que se realizase el cumplimiento de lo pactado, y todos los trabajos fueron abonados, salvo la última factura, controvertida en este proceso, que quedaba pendiente de la aprobación definitiva.

En el folio 7 del expediente obra un único requerimiento de fecha 31 de julio de 2008, en el que se intimaba a la presentación del Plan de Sectorización para la aprobación provisional, y se concedía un plazo. Pero después de ese requerimiento, que fue atendido por la mercantil Asitec, se produjo el abono sin reparo de la factura por importe de 34.334,49 euros el día 7 de mayo de 2013, lo que acredita que el Ayuntamiento aceptó los trabajos aunque se hubiera superado el plazo y que el plazo no era una condición esencial, entre otras cosas porque tampoco se había establecido expresamente en el contrato.

En este sentido, con la demanda se aporta como documento anexo el texto refundido del Plan de Ordenación del Sector Industrial que, según el documento número 1 de la demanda incluye la ordenación pormenorizada de todo el ámbito de actuación, si bien la aprobación definitiva no llegó a producirse porque el Ayuntamiento llevó a cabo el cambio de sistema de actuación (de sistema de cooperación se pasó a sistema de compensación), y ya no quiso realizar la aprobación definitiva por su propia voluntad.

SÉPTIMO

Una vez determinado que Asitec ha cumplido con sus obligaciones contractuales, resta por analizar si procede el pago, toda vez que no se ha producido la aprobación definitiva.

En este sentido, caben dos interpretaciones:

- por una parte cabe considerar que la aprobación definitiva es una condición del pago y que, hasta que no se produzca el pago, no se debe abonar nada (que es la tesis sostenida por la Administración local y refrendada por la Sentencia apelada) por ser la aprobación definitiva una obligación que correspondiese a la mercantil;

- y, por otra parte, se puede interpretar que se está estableciendo un plazo para el pago, pero que tal plazo no afecta al cumplimiento de las obligaciones, de tal forma que en caso de que finalmente, por la razón que fuere, no se aprobase el plan definitivo, se mantendría intacto el derecho al cobro del precio por haberse cumplido con las obligaciones del contrato.

Esta segunda interpretación es la que, a juicio del Tribunal, resulta más correcta de acuerdo con el contenido del contrato, según las reglas de interpretación de los contratos establecidas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil (LEG 1889, 27) , aplicables de forma subsidiaria en la contratación administrativa.

En este sentido, si el contrato hubiese querido que el pago de la última tercera parte del precio se abonase solo en caso de aprobación definitiva lo tendría que haber establecido de forma expresa, cosa que no se hizo. El contrato establece cuáles son las obligaciones de la mercantil, que como se ha expuesto se han cumplido, y entre las obligaciones no se incluye la aprobación definitiva, que solo se tiene en cuenta como fecha para el pago del precio.

Esto implica que, en caso de que transcurrido un periodo de tiempo no se produzca la aprobación definitiva, lo cual no depende de la mercantil, se mantiene el derecho al cobro del último fraccionamiento del precio, ya que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes, y la aprobación definitiva no depende de la mercantil.

Como señala la parte apelante, estamos ante un arrendamiento de servicios, no de obra, y lo que se pactó fue la realización de una actividad (consistente en a) levantamiento topográfico, b) estudio previo de infraestructuras,

y c) ordenación del sector industrial de Ogijares) que fue adecuadamente realizada por la mercantil.

La aprobación definitiva no forma parte de las obligaciones de la empresa, sino que se estableció como referencia para el pago; de tal forma que en caso de no aprobación definitiva es procedente que se hubiera abonado por la Administración el trabajo desempeñado una vez transcurrido el periodo de tiempo en que normalmente se debió haber producido la aprobación definitiva, aunque no se produjese tal aprobación.

En caso contrario, de no producirse nunca la aprobación definitiva, la mercantil no podría ver cobrada una parte de su trabajo, pese a haber cumplido sus obligaciones, ya que el pago del precio no dependía, materialmente, de que se produjese la aprobación definitiva, aprobación definitiva que solo se utilizó, se reitera, como referencia temporal para el abono de la última parte del precio. Interpretar otra cosa no se corresponde con el contenido del contrato, y sería, además, injusto, ya que la mercantil nunca podría cobrar un trabajo que había realizado íntegramente.

En conclusión, se considera que, a diferencia de los que resuelve la Sentencia apelada, el contrato no quedaba condicionado a que se produjese la aprobación definitiva para que se abonase la tercera y última factura (la que es objeto de este proceso) ya que no se estableció así expresamente en el contrato. Transcurrido un plazo prudencial para que tal aprobación definitiva hubiera podido tener lugar, al quedar probado que la mercantil cumplió con todas sus obligaciones y realizó todo el trabajo que le correspondía, la interpretación más correcta del contrato implica que la mercantil tiene derecho a que se le abone el trabajo realizado, ya que el cumplimiento del contrato, en este caso el pago del precio, no puede quedar al arbitrio del Ayuntamiento que decidió no proceder a la aprobación definitiva, por lo que se acuerda la estimación del recurso de apelación, la revocación de la Sentencia y el reconocimiento del derecho al cobro de la factura controvertida.

OCTAVO

Por último, en cuanto a los intereses de demora reclamados, no resultan procedentes, de acuerdo con el artículo 99.4 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (RCL 2000, 1380, 2126), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que resulta aplicable por razón de la fecha, ya que al no haberse producido nunca la aprobación definitiva no hay un día inicial a partir del cual se pueda entender que la Administración ha incurrido en demora.

El artículo 99.4 obliga al pago una vez se expidan los documentos que acrediten la realización total del trabajo, pero en este caso puesto que no se ha producido la aprobación definitiva antes citada, solo judicialmente se ha podido determinar que la Administración debe abonar la cantidad reclamada, por lo que el interés que debe aplicarse es el interés legal desde la fecha de la reclamación de la factura en vía judicial, ya que hasta que judicialmente no se ha determinado la obligación del pago (pese a no haberse producido la aprobación definitiva) la Administración no ha incurrido en la demora a que se refiere el artículo 99.4.

A partir de esta Sentencia serán de aplicación, en su caso, los intereses a que se refiere el artículo 106 de la LJCA (RCL 1998, 1741) .

NOVENO

En cuanto a las costas se acuerda dejar sin efecto la condena en costas de la primera instancia, y la no imposición de las costas de esta segunda instancia, de acuerdo con el artículo 139 de la LJCA (RCL 1998, 1741) , al haberse producido una estimación parcial del recurso de apelación y presentar el caso serias dudas de derecho.

(St. de 16 de septiembre de dos mil veintiuno. Sala de Granada. Ponente Gollonet Teruel).

XI.DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS

El derecho a la libertad sindical constitucionalmente consagrado, además de su contenido esencial relativo a su propia organización sindical y a los medios de acción sindical: huelga, negociación colectiva y conflictos colectivos, tiene un contenido adicional de configuración legal. que se añaden a aquel núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical. Así, el derecho fundamental se integra, no sólo por ese contenido esencial, sino también por el citado contenido adicional y promocional, de modo que los actos contrarios a este último son también a de infringir el artículo 28.1 CE.En este contenido adicional la Sentencia estudia el derecho a la protección de datos personales.

PRIMERO.- El sindicato recurrente formula demanda que, literalmente, califica de *“tutela de la libertad sindical contra la Jefatura Superior de Andalucía Occidental por impedir la actividad fiscalizadora sindical en el procedimiento de ingreso*

en la Orden al Mérito Policial (OMP) de 2020”, incluyendo en el suplico de la misma, además de la Jefatura Superior a la Dirección General de la Policía Nacional y al Gabinete Técnico, instando a que sean declarados nulos los “actos llevados a cabo y condenada la Administración demandada a estar y pasar por este pronunciamiento por haber vulnerado el derecho a la libertad sindical”.

Formulado en los términos antedichos cual es el acto objeto de impugnación en el presente procedimiento así como la pretensión ejercitada, la Abogacía del Estado pone de relieve la existencia de contradicciones de la demanda así como la ausencia de la mínima precisión exigible. Se indica que no es posible conocer con rigor que información considera la organización sindical recurrente como indebidamente denegada, ni por qué razón tiene derecho a su acceso o, de no obtenerla, por qué se vulneraría la Constitución Española e incluso no se determina cual sería el concreto pronunciamiento que ha de contener el fallo que emita este Tribunal.

SEGUNDO.- Dispone el art. 114.2 LJCA que en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de las personas, en cuanto procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos previstos en el art. 53.2 CE, podrán hacerse valer las pretensiones a que se refieren los arts. 31 (anulatoria y de reconocimiento/restablecimiento de situación jurídica individualizada) y 32 (en caso de inactividad de la Administración o vía de hecho), siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado.

Tras la invocación del art. 28 CE como derecho fundamental vulnerado, el sindicato recurrente alega que la actuación administrativa objeto de demanda lo constituye el modus operandi llevado a cabo por la Dirección General de la Policía en cuanto a la forma de tramitación de la Orden al Mérito Policial de 2020 así como los criterios de concesión de las medallas. En concreto se indica que se niega a los representantes sindicales el acceso a datos que permitan verificar que no hay arbitrariedad en la concesión de medallas y reconocimientos y cita, en apoyo de su pretensión, la sentencia firme del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 10 en el procedimiento ordinario 26/2016 que obliga a la Administración a permitir a los representantes sindicales el acceso a los expedientes realizados con ocasión de la concesión de estas condecoraciones policiales.

De lo expuesto en el fundamento anterior se infiere que la articulación del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de las personas se dirige a impugnar, con violación del art. 28 CE, el papel atribuido

a los sindicatos policiales en el procedimiento establecido en la Resolución de 11 de mayo de 2012, de la Dirección General de la Policía, por la que se implementan los criterios y procedimiento a seguir para las propuestas de ingreso en la Orden al Mérito Policial, por lo que, contrariamente a lo que afirma la Abogacía del Estado, queda delimitado suficientemente cual es el objeto y pretensión del sindicato demandante y su incardinación dentro del procedimiento para la protección de derechos fundamentales.

TERCERO.- La resolución de 11 de mayo de 2012 de la Dirección General de la Policía, por la que se implementan los criterios y el procedimiento que se deben seguir en la tramitación de las propuestas de ingreso en la Orden al Mérito Policial, recoge los aspectos procedimentales en su disposición tercera. Allí se dispone que la elaboración de propuestas corresponderá a las Unidades de destino de los funcionarios afectados, que, una vez concluidas, convocarán a los representantes de las organizaciones sindicales, a quienes facilitarán la relación de los funcionarios propuestos y si la propuesta fuera por un hecho concreto se informará puntualmente sobre el mismo. Las organizaciones sindicales disponen de cinco días para formular cuantas alegaciones crean convenientes, pudiendo instar a que se incluya alguna propuesta a favor de otros funcionarios que a su juicio sean merecedores de condecoración y no han sido tenidos en cuenta por el Jefe de la Unidad. A continuación, el Jefe de la Unidad remitirá al Jefe Superior las propuestas correspondientes, incluidas las procedentes de las organizaciones sindicales, debidamente informadas a fin de que aquel pueda resolver acerca de la tramitación o no de las mismas, dando cuenta de tal decisión al Sindicato que lo haya interesado. Conocida la decisión del Jefe Superior, las Organizaciones Sindicales podrán elevar al Consejo de la Policía las propuestas que consideren procedentes, decidiendo el órgano competente si se elevan o no a la Junta de Gobierno, comunicando al Sindicato interesado la decisión adoptada.

De la regulación transcrita se advierte que los Sindicatos policiales tienen un papel activo en la tramitación de las propuestas de inclusión de los funcionarios del Cuerpo para ingreso en la Orden del Mérito Policial. Lo que en realidad solicita el sindicato recurrente es que, además, se le autorice el acceso a los expedientes tramitados donde se acrediten los méritos que reúnen los funcionarios propuestos, lo que equivale a conocer datos personales de los mismos pues las propuestas de ingreso en la Orden al Mérito Policial, regulada en la Ley 5/1964, de 29 de abril, puede tener como causa bien la participación del funcionario en hechos concretos que le hagan acreedor a la condecoración o bien atendiendo a la valoración

de su trayectoria profesional, además de cumplir determinadas exigencias particulares de años de servicios efectivos, posesión previa de felicitaciones y transcurso de un periodo de tiempo entre propuestas.

CUARTO.- Así las cosas la cuestión se ciñe a la delimitación de dos derechos fundamentales que aparecen interconectados: por un lado el derecho fundamental a la libertad sindical y su concreto y efectivo ejercicio reconocido en el art. 28.1 CE y, por otro el límite que puede suponer a ese derecho fundamental el acceso a documentación o información cuando también coexiste el reconocimiento constitucional de otro derecho como el de protección de datos de carácter personal.

Aunque referido a la denegación de información y documentación de índole laboral en relación a profesionales de la medicina, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de fecha 9 de febrero de 2021 (recurso nº 1229/2020) incluye en sus fundamentos jurídicos quinto a séptimo una serie de consideraciones sobre el derecho a la libertad sindical y el derecho a la protección de datos que resultan plenamente trasladables al supuesto que nos ocupa. Así, según el Alto Tribunal:

“QUINTO.- El derecho a la libertad sindical y el derecho a la protección de datos personales I.

La respuesta a la cuestión de interés casacional, que determinó la admisión del presente recurso, debe partir de los contornos de los dos derechos fundamentales concernidos. El derecho fundamental a la libertad sindical previsto en el artículo 28.1 de la CE , que invocan las recurrentes al esgrimir su condición de delegadas sindicales, y el derecho fundamental de protección de datos del artículo 18.4 de la CE , que aduce la Administración recurrida.

El derecho a la libertad sindical constitucionalmente consagrado, además de su contenido esencial relativo a su propia organización sindical y a los medios de acción sindical: huelga, negociación colectiva y conflictos colectivos, tiene un contenido adicional de configuración legal. Según declara el Tribunal Constitucional (STC 64/2016, 11 de abril), las expresiones del derecho fundamental, las organizativas o asociativas y funcionales o de actividad, constituyen el núcleo mínimo e indisponible, el contenido esencial de la libertad sindical. Pero junto a éstas, los sindicatos pueden ostentar derechos o facultades adicionales, atribuidos por normas legales o por convenios colectivos, que se añaden a aquel núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical. Así, el derecho fundamental se integra, no sólo por ese contenido esencial, sino también por el citado contenido adicional y promocional, de modo que los actos contrarios a este último son también susceptibles de infringir el artículo 28.1 CE , por todas, SSTC 173/1992, de 29 de octubre, 164/1993, de 18 de mayo , y 36/2004, de 8 de marzo , cuando se ejercitan fuera del

marco previsto por la Ley. En los términos que veremos respecto del invocado artículo 10.3.1ª de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

Por su parte, el derecho fundamental del artículo 18.4 de la CE, surgido ante las “nuevas formas de amenaza” que se derivan de la utilización progresiva de la información referente a la persona, supone el derecho a controlar el uso de los datos insertos en un programa informático, “habeas data”. Pues bien, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, aunque derogada, en lo que ahora importa, por la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, resulta de aplicación al caso “ratione temporis”. En concreto, el artículo 11.1, al regular la comunicación de datos, establece que los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero, para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario, con el previo consentimiento del interesado. Consentimiento necesario con carácter general, que sin embargo no resulta preciso, como excepción, cuando la cesión está autorizada en una ley (artículo 11.2.a/de la misma Ley de 1999).

El marco legal citado, en concreto, el artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, ubicado sistemáticamente en el Título V “De la acción sindical”, respecto de los delegados sindicales, establece que tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa, o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, así como los siguientes derechos que se relacionan, entre los que se encuentran, el acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, si bien están obligados a guardar el correspondiente sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda.

Por lo que hace al ámbito del personal estatutario, el artículo 40.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, al establecer las funciones de las Juntas de Personal y los Delegados de Personal, relaciona aquellas relativas a recibir información sobre la evolución de las retribuciones, sobre traslado de instalaciones y revisión de sistemas de organización y métodos de trabajo, sobre las sanciones muy graves que se hayan impuesto, sobre la jornada laboral y horario de trabajo, vigilar el cumplimiento de las condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales y colaborar con la Administración para el cumplimiento de la productividad.

En definitiva, los mentados artículos 40.1.a) del TR de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, 10.3.1ª de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, que invoca la parte recurrente, además del general artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, atribuyen derechos de información a los representantes sindicales de los trabajadores, en este

caso, del personal estatutario, que resultan esenciales para el ejercicio de su labor de control y la defensa de los intereses de los trabajadores.

SEXTO.- El derecho a la libertad sindical y el derecho a la protección de datos personales II.

El derecho a la libertad sindical comprende, por tanto, el derecho de información para acceder a documentación, en los términos expuestos en los citados artículos 40.1.a) del TR de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y 10.3.1ª de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

El reconocimiento del contenido, esencial y adicional, del expresado derecho fundamental, que hemos señalado en el fundamento anterior, no está exento de límites, pues sabido es que los derechos fundamentales no son derechos absolutos ni ilimitados. No obstante, conviene añadir que desde luego deben extremarse las cautelas para que la determinación de los límites no vacíe de contenido del derecho fundamental.

En el caso examinado el límite al derecho fundamental de la libertad sindical, respecto del acceso a documentación e información, se produce por el reconocimiento constitucional de otro derecho fundamental, el de la protección de datos de carácter personal.

Téngase en cuenta que el artículo 11 de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, de aplicación al caso, al regular la comunicación de datos, exige el consentimiento como regla general, pues “sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado “(artículo 11.1). Relacionando inmediatamente las excepciones a tal exigencia de anuencia del titular de los datos, pues dispone que el consentimiento no será preciso “cuando la cesión está autorizada en una ley “(artículo 11.2.a).

De modo que debemos averiguar si los preceptos invocados -- artículos 40.1.a) del TR de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y 10.3.1ª de la Ley Orgánica de Libertad Sindical --, suponen una excepción a la exigencia del consentimiento. Teniendo en cuenta que la documentación solicitada supone un volcado masivo de datos, en los términos trascritos en los fundamentos anteriores.

Pues bien, ni el expresado artículo 10.3.1ª, por lo que se refiere a la equiparación, a estos efectos, de los delegados sindicales, con los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, respecto del “acceso a la misma información y documentación”, ni el citado artículo 40.1.a) que señala como función de los delegación de personal “recibir información, sobre la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones, evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y programas de mejora del rendimiento”, describen un supuesto legalmente previsto que excepcione el consentimiento de los interesados a los efectos del artículo 11.2.a)

de la Ley de 1999, en un caso como el examinado en el que se solicita una cuantiosa e indiscriminada cesión de datos, sin proporcionar una mínima explicación, al tiempo de su solicitud, de la necesidad o relevancia de esos datos para el ejercicio de sus labores sindicales.

Resulta relevante, por tanto, que medie la debida relación entre los datos personales del personal estatutario que se solicitan, con la importante función sindical que se desarrolla. De modo que únicamente cuando estos datos personales son necesarios para el ejercicio de las labores sindicales, podrían considerarse excepcionados del consentimiento, pero no cuando se encuentran desvinculados o se desconozca su relación, al no haberse puesto de manifiesto su conexión con dichas funciones sindicales.

En la solicitud que obra al folio 13 del expediente administrativo, cuando se solicita la documentación e información, no se expresa ninguna explicación, ni se hace ninguna referencia o mención, sobre la utilidad de la misma para el cumplimiento de sus tareas sindicales. Tampoco se intenta vincular su solicitud de datos con las tareas legalmente atribuidas a los representantes sindicales. Dicho de otro modo, no se justificaron las razones por las que para el ejercicio de su función sindical resultaba necesario, relevante, o simplemente conveniente, que se procediera a ese volcado masivo e indiscriminado de datos personales.

Recordemos que en el artículo 40.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, se hace expresa mención a las retribuciones, cuando se refiere a recibir información sobre la evolución de las retribuciones. Y las demás del citado precepto, sobre traslado de instalaciones y revisión de sistemas de organización y métodos de trabajo, sobre las sanciones muy graves que se hayan impuesto, sobre la jornada laboral y horario de trabajo, vigilar el cumplimiento de las condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales y colaborar con la Administración para el cumplimiento de la productividad.

En consecuencia, la mera invocación, ayuna de justificación, de la representación sindical no puede servir de excusa para acceder a todo tipo de documentación, si no se quiere por esta vía vaciar el contenido del derecho fundamental a la protección de datos, cuando el titular de los mismos ignore el uso que se hace de sus datos, perdiendo su poder de disposición, en supuestos en los que no se justifica la concurrencia de alguna de las excepciones legalmente establecidas.

SÉPTIMO.- El invocado carácter no íntimo de los datos.

En relación con al carácter no íntimo de los datos solicitados, que se invoca por la parte recurrente, conviene tener en cuenta que el derecho fundamental a la protección de datos se refiere a cualquier dato de la persona en las esferas en las que se desenvuelve. Recordemos que el ámbito de la protección de los datos tiene que ver con concepto de “privacidad”, que va más allá que la “intimidad” alegada. De modo que los datos relativos al nombre

y apellidos, tipo de puesto de trabajo, o el inicio de la prestación no disociados de aquél, son datos, que aunque no sean íntimos, están protegidos por la citada Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal de 1999.

Viene al caso traer a colación la definición del “dato” que establece el artículo 3.a) de la mentada Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal, como “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. A estos efectos, debemos citar la STC 292/2000, de 30 de noviembre, pues aunque los datos que se solicitan son datos profesionales, lo cierto es que la protección de datos “no se reduce a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros puede afectar a sus derechos, sean fundamentales o no, porque su objeto no es solo la intimidad individual”, toda vez que tiene su amparo en el artículo 18.4 CE, y no en el artículo 18.1 CE, relativo a protección de los datos personales”.

Aplicando las consideraciones contenidas en la sentencia transcrita al particular supuesto que nos ocupa cabe concluir que la solicitud del sindicato recurrente de acceso a los expedientes tramitados para la inclusión de funcionarios policiales en la Orden del Mérito Policial, tanto cuanto tiene como causa hechos concretos como la valoración de su trayectoria profesional, sin que conste el consentimiento de los afectados, no tiene cobertura jurídica pues afecta a datos personales que incluso podríamos calificar de íntimos, especialmente protegidos en la normativa sobre protección de datos y que incluso ha de prevalecer sobre el interés público en su divulgación en los términos señalados en el apartado 2º del art. 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen Gobierno. Por otro lado los sindicatos policiales tienen posibilidades de fiscalización y supervisión de los criterios seguidos para la inclusión de los funcionarios propuestos para las condecoraciones que, en los términos anteriormente transcritos, debe calificarse de relevante al conocer los hechos concretos en que éstos se fundamentan, además que poder formular propuestas propias. De aquí que no consideremos que se haya vulnerado el derecho a la libertad sindical consagrado en el art. 28.1 CE con la consiguiente desestimación de la demanda.

QUINTO.- No obstante la desestimación del recurso y siendo objeto de controversia en este proceso una cuestión de perfil jurídico interpretable no procede la condena en costas a ninguna de las partes.

(St de 23 de noviembre de 2021 Sala de Sevilla Ponente Vazquez Garcia).

XII. EXPROPIACION FORZOSA

Expropiaciones urbanísticas. Retasación de bienes: criterios legales aplicables

Retasación del justiprecio caso de impago del mismo. Se aplican los criterios legales existentes a la fecha de valoración o los nuevos criterios sentados por una nueva legislación (Ley 8/2007 (TRLR 2/2008) vs Ley 6/98. la retasación, lejos de ser inmune a los cambios legislativos y a la sucesión de normas en el tiempo, debe regirse por la legislación vigente al tiempo en que se hace valer el derecho del expropiado a una nueva valoración, por caducidad del primer justiprecio, impagado por el expropiante. Esto significa que el sistema de valoración y los criterios legales en que se descompone a tener en cuenta en el nuevo avalúo de los bienes son aquellos que establezca la legislación en vigor a la fecha en que se insta la retasación de los bienes, consecuencia de que esta entraña una nueva valoración a todos los efectos.

PRIMERO.- Partiendo de las fechas y datos siguientes, que admiten las dos partes litigantes : a) se levantó el acta previa a la ocupación con fecha 17 de septiembre de 2002, b) expropiante y propiedad suscriben acta adquisición por mutuo acuerdo el 9 de abril de 2.003 en la que se acuerda la adquisición por la Administración de 5.207,15 m² por 15.621,45 €; c) como el justiprecio convenido no fue pagado ni consignado el 25 de marzo de 2.015, la entidad propietaria de los terrenos, solicitó la retasación de los bienes y derechos afectados, aportando hoja de aprecio valorando como suelo urbano en 633.285,40 €; nuevo valor rechazado expresamente por la Administración, que consideró que la nueva tasación debía atender a su condición de suelos en situación rural, merecedores de 25.189,49 €; d) este es igualmente el criterio del Jurado Provincial de expropiación, que en la resolución que resuelve la reposición se ratifica en su valoración como terrenos rústicos, a partir de los datos oficiales y catastrales, haciendo aplicación del *artículo 22 del entonces vigente RDL 2/2008*, de la Ley del Suelo, tenemos que determinar, en primer lugar, cuál es el régimen legal al que se sujeta el derecho a la retasación del justiprecio, previsto en el *artículo 58 de la Ley de expropiación Forzosa* en el supuesto que transcurrieran cuatro años sin que el pago de la cantidad fijada como justo precio se haga efectivo o se consigne, en cuyo caso habrá de procederse a evaluar de nuevo las cosas o derechos objeto de expropiación.

Se hace necesaria esta aclaración, en la medida en que la demanda reclama que la sentencia que se dicte no incurra en el error de confundir los criterios legales para valorar los bienes y derechos expropiados con la fecha a que debe referirse la valoración, citando como argumento de autoridad *la sentencia de*

la ya extinta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2001, que transcribe en parte.

Cualquiera que haya sido el alcance de la sentencia citada, la Sala se siente en condiciones de fallar ateniéndose al sentido actual y presente de la jurisprudencia del Alto Tribunal, decantado de resoluciones más próximas en el tiempo, de las que resulta sin duda, que la retasación, lejos de ser inmune a los cambios legislativos y a la sucesión de normas en el tiempo, debe regirse por la legislación vigente al tiempo en que se hace valer el derecho del expropiado a una nueva valoración, por caducidad del primer justiprecio, impagado por el expropiante. Esto significa que el sistema de valoración y los criterios legales en que se descompone a tener en cuenta en el nuevo avalúo de los bienes son aquellos que establezca la legislación en vigor a la fecha en que se insta la retasación de los bienes, consecuencia de que esta entraña una nueva valoración a todos los efectos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2016 (ROJ: STS 3309/2016) declara no haber lugar a casar la dictada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los expropiados que instaron la retasación y estimando el formulado por la concesionaria beneficiara contra acuerdo del Jurado que había fijado el justiprecio en retasación aplicando la Ley 6/98, del Suelo, y que se revoca por el Tribunal de instancia, al considerar aplicable la Ley 8/2007, con la consiguiente imposibilidad entonces de valorar los terrenos destinados a sistemas generales clasificados como no urbanizables o carentes de clasificación específica, como urbanizables siempre y cuando la infraestructura que justificase su expropiación estuviese destinada a la creación de ciudad.

Respecto a la naturaleza de la retasación, recuerda el Alto Tribunal, es más que reiterada la doctrina jurisprudencial al respecto:” *Por todas citaremos nuestra sentencia de 20 de noviembre de 2015 (Rec. 1872/2014) en que expresamente señalamos que “Es doctrina reiterada de esta Sala, recogida en sentencias de 17 de noviembre de 2014 (Rec.1033/2013), 23 de abril de 2003 (11509/1998), 5 de diciembre de 2011 (recurso 4333/2008), 15 de febrero de 2012 (recurso 6458/2008), 20 de junio de 2012 (recurso 3238/2009), 12 de marzo de 2013 (2715/2010) y 14 de marzo de 2014, entre otras, que la retasación no es una mera actualización del justiprecio, ni es una adaptación o reajuste de los datos entonces tenidos en cuenta a la coyuntura económica actual, sino que la retasación consiste en la fijación de un nuevo justiprecio, mediante una nueva valoración del bien expropiado, con arreglo a los rasgos jurídicos del mismo (aprovechamiento, clasificación), en el momento en que dicha retasación es solicitada, siendo las únicas características originarias del bien expropiado que deben seguir considerándose a efectos de*

la retasación las puramente físicas, ya que como consecuencia de la realización del proyecto que justificó la expropiación es posible que dichas características físicas (estado de los terrenos, etc) hayan variado, y tomar en consideración esas nuevas características físicas conculcaría la prohibición impuesta por el artículo 36 LEF de incluir en el justiprecio las plusvalías -o minusvalías- que sean consecuencia directa del proyecto de obras que da lugar a la expropiación. “Las sentencias de esta Sala que acabamos de citar, coinciden en señalar que la fecha a que ha de referirse la nueva valoración en que la tasación consiste es la de la solicitud de la nueva evaluación por el expropiado, lo que en el presente caso, como hemos dicho, tuvo lugar el 14 de Junio de 2010, por lo que como bien dice la sentencia, la norma aplicable es la Ley 8/2007 (TRLS 2/2008) y no la Ley 6/98, como había hecho el Jurado...

...Pues bien, al consistir la retasación en una nueva valoración del suelo con arreglo a las circunstancias y a la normativa aplicable (en este caso la Ley 8/2007) al solicitarse la retasación, el justiprecio inicialmente fijado, sólo puede servir como bien dice la sentencia de instancia, como límite mínimo que debe ser respetado, pero en ningún caso puede aceptarse que hayan de asumirse los criterios de valoración fijados en una Ley distinta, como era la Ley 6/98, que fue la tenida en cuenta para la fijación del justiprecio inicial.

Nuevamente hemos de remitirnos a la jurisprudencia de esta Sala en la materia, precisamente respecto a retasaciones solicitadas bajo la vigencia de la Ley 8/2007, cuando el justiprecio inicial se había fijado estando vigente la Ley 6/98. La antes citada sentencia de 20 de Noviembre de 2015 (Rec. 1872/2014) es una de las múltiples, como lo es también la sentencia de 10 de Febrero de 2016 (Rec. 2341/2014) donde señalamos que ” “La entrada en vigor de la Ley 8/2007 ha cerrado la posibilidad de seguir aplicando la doctrina de sistemas generales que crean ciudad, formulada bajo la vigencia del sistema valorativo de la Ley 6/98, que tenía como punto de partida la clasificación del suelo en las tres categorías de no urbanizable, urbanizable y urbano, mientras que los criterios de valoración de la Ley 8/2007 omiten cualquier referencia a la clasificación urbanística, y atienden exclusivamente a la situación fáctica o real del suelo, distinguiendo la nueva Ley únicamente dos posibles situaciones, la del suelo rural y la del suelo urbanizado, por lo que ha desaparecido el criterio de valoración del suelo urbanizable que aplica la sentencia recurrida....” .

Reproducidos estos pronunciamientos en sentencias posteriores -- STS, Contencioso de 27 de abril de 2017, ROJ: STS 1716/2017; y 03 de febrero de 2017, ROJ: STS 334/2017 -- , la conclusión que obtenemos es que la suerte del derecho a retasar los terrenos expropiados en su día a la entidad recurrente, hecho valer en este recurso ,debe juzgarse conforme a los dictados del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, dado que el texto legal posterior -- el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre-- hoy vigente ,entró en vigor

el 31 de octubre de 2015, una vez formulada la petición de nuevo avalúo del suelo y presentada la hoja de aprecio por la propiedad.

SEGUNDO.- A raíz de lo anterior, la procedencia de valorar el suelo como urbanizable sería entonces posible en el caso de que se considere probada la concurrencia de las circunstancias de la *Disposición Transitoria Tercera del mencionado RDL 2/2008*, conforme a la cual se exceptúan de la aplicación de las reglas de valoración en él previstas, exclusivamente los terrenos que, a la entrada en vigor de la Ley 8/2007, reunieren de forma cumulativa tres atributos relativos a su desarrollo urbanístico, principiando por su inclusión como suelo urbanizable en ámbitos delimitados para los que el planeamiento hubiera establecido las condiciones para su desarrollo.

Y como la actora se apoya en la certificación expedida por el Ayuntamiento de Los Barrios en cuyo término radican los terrenos expropiados, a ella debemos acudir, teniendo por probado, en cuanto a su situación urbanística que forman parte de un Área de Reparto, denominada “Sectores Uso Global Residencial Media Densidad. Área de los Barrios”, pero al margen de cualquier adscripción a un sector en concreto y sin noticia de la existencia de instrumento urbanístico susceptible de propiciar su transformación.

Esto es tanto como decir que los terrenos expropiados se encontraban en el momento de instar su retasación en la situación típica en que se encuentran los suelos urbanizables, antes de que la autoridad local de la señal de salida al proceso que, mediante Planes de Sectorización, con la delimitación correspondiente -- artículo 12 LOUA --, primero, y luego Planes Parciales -- artículo 13 LOUA-- conduce a la extensión de la malla urbana, es decir: por más que se empeñe la actora, no cabe predicar de los suelos expropiados su inclusión en ámbitos delimitados para los que el planeamiento hubiera establecido las condiciones para su desarrollo, en defecto claro de las condiciones jurídicas necesarias para ello.

Se ha planteado a lo largo del recurso que, de cualquier forma, los terrenos expropiados disfrutarían de facto de las condiciones que conforme al RDL 2/2008 otorgan la pertenencia a la situación de suelo urbanizado.

Sobre este extremo, la Sala hace la siguiente valoración.

Resulta difícil, a título de hipótesis, aceptar que unos terrenos que viven al margen del proceso reglado de transformación establecido pautadamente en la LOUA puedan haber adquirido el nivel de consolidación que permite atribuirles, a los efectos de la Ley estatal del Duelo, la consideración legal de suelos en situación de suelo urbanizado.

De conformidad con el artículo 12 del RDL 2/2008 , se encontraba en la situación de suelo urbanizado el suelo que, estando legalmente integrado en una malla urbana conformada por una red de viales, dotaciones y parcelas propia del núcleo o asentamiento de población del que forme parte, cumpla una serie condiciones sido urbanizado en ejecución del correspondiente instrumento de ordenación. Y siendo así, lo que cabe preguntarse es virtud de qué proceso legal y ordenado de ejecución de un planeamiento pueden haber adquirido los suelos expropiados en su día a la actora la condición de suelo urbano, máxime cuando en 2003 su rusticidad era admitida por los firmantes del mutuo acuerdo y el Ayuntamiento ha informado que durante el período de tiempo transcurrido hasta la retasación, no consta la realización de actuaciones urbanísticas.

Por lo que respecta a la existencia misma de los servicios e infraestructuras cuya presencia permite hablar de urbanización, la Sala comparte la crítica a la pericia de la entidad actora que formula en conclusiones la Abogacía del Estado.

En efecto, basta acudir al acto de ratificación del perito, para deducir de su tono evasivo y ambiguo la incapacidad para explicar no ya la existencia sino el origen de los presuntos servicios, pues no es de recibo que afirme, en contradicción con la realidad, que la parcela ya contaba con ellos en el momento de su adquisición, o que confunda un proyecto de actuación -- legalmente debido para instalar en suelo rústico una nave industrial, como la que parece que se proyectó en su día -- con el proceso de equidistribución inherente a la urbanización.

La resolución dictada por el Jurado Provincial de Cádiz en resolución del expediente 2016/2020 no altera el juicio de la Sala, es más, ni siquiera ofrece datos suficientes para afirmar que incurre en una valoración contradictoria de la misma realidad. Según la descripción consignada en este último acuerdo, los terrenos expropiados y retasados -- finca 98 del polígono 8 -- se sitúan junto a la Urbanización Ciudad Jardín del municipio, resultado del desarrollo de la urbanización de una Unidad Vecinal del Plan de Ordenación de Gaudacorte, del año 1981, y la zona verde con que se califican los terrenos pertenece a una zona de ensache. Es claro que esta descripción no guarda relación con la que atañe a los terrenos sobre los que versa este recurso, lo cual no puede sorprender, puesto que , aunque -- en una medida que la Sala no es capaz de concretar, a falta de datos-- se trate de suelos próximos entre sí, siempre es posible la delimitación entre la franja urbana y el paraje rústico y no cabe confundir integración en la malla urbana con proximidad

o colindancia a suelos urbanizados, salvo que se caiga por reducción al absurdo en el error de extender el concepto de malla casi ilimitadamente.

TERCERO.- Con carácter subsidiario, la parte expropiada solicita que se corrija judicialmente la incongruencia del Jurado, que para obtener el valor del suelo conforme al método de capitalización de rentas utiliza algunos parámetros inferiores a los admitidos por la propia Administración expropiante, relativos a los rendimientos capitalizables o al factor de localización.

Partiendo de que no se critica la valoración del Jurado por razones intrínsecas, la Sala no puede acoger este motivo de impugnación del acuerdo del Jurado Provincial, al entender que no concurre la incongruencia denunciada.

Por citar una entre muchas, *en sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2013 (recurso 3393/2010)*, se explica que la vinculación o congruencia del órgano tasador con las hojas de aprecio, está referida a la cantidad total o global que se reclama u ofrece, que no puede ser sobrepasada, pero también comprende los conceptos indemnizables cuando estos tengan sustantividad propia, como los bienes, derechos o intereses patrimoniales que estén diferenciados unos de otros (suelo, construcciones, plantaciones, etc.), sin que sea posible conceder por cada uno de los conceptos indemnizables mayor cantidad que la solicitada en la hoja de aprecio, “a diferencia de lo que sucede respecto de las partidas que las integran cuya elevación no altera el petitum siempre que se respete la cuantía máxima de que se trate, puesto que los criterios y métodos de valoración de los diferentes conceptos son heterogéneos mientras que los que se siguen para justipreciar el mismo bien o derecho resultan homogéneos y cabe su mutación en tanto no se sobrepase la suma total de unos y otros”; y en este caso, en que el Jurado ha respetado los conceptos en virtud de los cuales la Administración expropiante propuso que se calculase la indemnización debida por la retasación de terrenos en situación de suelo rural, dando más que lo pretendido por esta (44.205,61 €; por ha. de suelo frente a 22.689,61 €/ha), no cabe hablar de incongruencia.

CUARTO.- Aunque no se ha hecho controversia sobre este punto, ni la Administración ha negado el incumplimiento del plazo para resolver el procedimiento de valoración, el hecho cierto de que el expediente de retasación se iniciara en 2015, mientras que el Jurado Provincial de expropiación Forzosa de Cádiz fija el justiprecio en acuerdo de 12 de mayo de 2017 da lugar a la responsabilidad por demora en la fijación del justo precio, que se liquidará y hará efectiva, en su caso, en ejecución de sentencia.

QUINTO.- Con desestimación del recurso, pero sin imposición de costas, puesto que la existencia de una resolución del Jurado Provincial valorando en retasación como suelo urbanizado terrenos en su día integrantes de la misma finca registral y la apariencia de una contradicción sanable en vía judicial, fundamentan la seriedad del recurso planteado, con independencia de que la Sala, por las razones expuestas, rechace esta alegación.

(St. de 11 de febrero de 2021. Sala de Sevilla . Ponente. Rodríguez Moral)

XV. JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Sentencias. Motivación de las sentencias y tutela judicial efectiva. Prueba pericial: valoración de los informes periciales.

PRIMERO

Es objeto de impugnación en el presente recurso de apelación la sentencia de fecha 26 de febrero de 2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Granada, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la actora, hoy apelante, contra la desestimación presunta, por parte del Ayuntamiento de Zújar (Granada), de la reclamación por responsabilidad patrimonial formulada por la recurrente derivada, según ésta, de los daños ocasionados a su casa cueva, sita en la CALLE000, NUM000, de la localidad de Zújar (Granada), por la filtración de agua que discurre por el vial superior a la vivienda y por el vial de acceso.

SEGUNDO

La parte apelante funda el recurso de apelación, en primer lugar, en la infracción de los artículos 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) , 208, 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , en relación con los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836), en cuanto al rechazo de las pruebas aportadas por la recurrente que no se valoran.

Añade que hay falta de valoración por la sentencia de instancia de la prueba pericial aportada por la actora, lo que vulnera los artículos 319 , 326.1 , 348 y 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues solo se valoran las pruebas aportadas por la Administración, Considera que la sentencia incurre en una valoración arbitraria, ilógica e irrazonable de las pruebas.

Al respecto, las partes apeladas responden que lo que trata la parte apelante es sustituir el criterio objetivo de la Juez de instancia por el partidista, interesado y parcial de la demandante.

TERCERO

En relación con el motivo sustentado en la falta de motivación de la sentencia en relación con la valoración de la prueba, es preciso hacer recordatorio de la doctrina pergeñada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de la que es exponente la sentencia de su Sección Segunda, de fecha 1 de marzo de 2017 (recurso de casación 133/2016; ponente, Excmo. Sr. Don Emilio Frías Ponce), la que señaló en su fundamento jurídico séptimo cuanto sigue:

“SÉPTIMO. Conforme a la jurisprudencia de esta Sala, una sentencia es incongruente por defecto cuando omite resolver sobre alguna de las pretensiones y de las cuestiones planteadas a la demanda (veánse, por todas, las sentencias de 6 de mayo de 2010 (cas. 3775/03), 17 de enero de 2011 (cas. 2568/07 (RJ 2011, 87)) y 30 de enero de 2012 (cas. 2374/08). Ahora bien, en la demanda, opera con menor intensidad la exigencia de congruencia cuando no se la contempla desde la perspectiva de las pretensiones sino desde la propia de las alegaciones exigidas en su apoyo, al no ser necesario en este caso para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación pormenorizada y explícita a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de líneas de defensa concretas no sustanciales.

En el presente caso, en relación con la simulación apreciada por la Inspección, se alega que la Sala no se pronunció sobre la invocada irrelevancia del traspaso de los empleados porque no llevaba su administración, como reconoció el propio acuerdo de liquidación, pero aún siendo esto así esta omisión no nos puede llevar a apreciar el vicio denunciado, toda vez que este extremo constituye más bien un hecho a los efectos de desvirtuar la calificación de la conducta de la entidad.

En cambio, procede estimar la falta de motivación alegada, porque si bien a la luz de nuestra jurisprudencia, en principio, no se produce lesión alguna por la mera circunstancia de que en la sentencia impugnada no se hayan hecho referencia expresa a todas y cada una de las pruebas practicadas en el proceso, dado que la Sala puede apreciar en conjunto las pruebas practicadas sin concretar en que medio de prueba se ha basado para llegar a la conclusión definitiva que establece (sentencias de 23 de octubre de 2007,

cas. 2529/03 (RJ 2007, 9373) y 3 de diciembre de 2009, cas. 949/20014, entre otras), no cabe desconocer que en este caso la sentencia impugnada no hace referencia alguna a la única testifical practicada, que era esencial en cuanto iba dirigida a rebatir la existencia de simulación y el cumplimiento del requisito de personal contratado”.

Por su parte, la sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 14 de julio de 2011 (RJ 2011, 6502) (recurso de casación 1420/2008; ponente, Excmo. Sr. Don Eduardo Calvo Rojas), aprecia en la sentencia de instancia falta de motivación en los términos que esclarece su fundamento jurídico tercero, que glosamos a continuación:

“TERCERO. En el motivo segundo del recurso de casación se invoca la infracción de las normas reguladoras de la sentencia -se citan específicamente como infringidos el artículo 24.1 de la Constitución en relación con el 67 de la propia Ley Jurisdiccional y el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) - por entender los recurrentes que la sentencia impugnada no está debidamente motivada. En particular, los recurrentes señalan que el fundamento quinto de la sentencia lleva a cabo, de manera confusa, una mera transcripción de preceptos normativos, sin relacionarlos con los concretos hechos litigiosos; y que se valora de manera extremadamente parca la prueba practicada. Sobre esto último, los recurrentes aducen que en la sentencia no se valora la prueba documental practicada, ignorándose hechos muy relevantes para la resolución del litigio como “...que se trata de suelo urbano, el grado de consolidación existente y la inserción en la malla urbana, la existencia de una licencia municipal de segregación de la finca inicial e incluso de una sentencia firme que declara el derecho a obtener licencia de edificación, así como la ausencia de valores ambientales dignos de protección en la finca derivados del propio expediente administrativo”.

El motivo así planteado debe ser acogido.

En repetidas ocasiones hemos señalado que el deber de motivación de las sentencias cumple una doble función: de un lado, explica por qué se asumen unos determinados hechos y se hace una determinada interpretación y aplicación de la norma, permitiendo con ello a los litigantes comprender el contenido y las razones en que se basa el pronunciamiento para su posible impugnación; y, de otro, hace posible comprobar que la decisión contenida en la sentencia no es arbitraria, caprichosa o irrazonable, cuando sea revisada en vía de recurso (artículo 120.1 de la Constitución y artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635)).

Pues bien, en el presente caso la sentencia recurrida ha incumplido ese requisito, al no analizar con el detalle o precisión mínimamente exigibles lo argumentado en la demanda sobre la carencia de valores ambientales de la concreta finca de los recurrentes y su necesaria exclusión del área de amortiguación de impactos del Parque Natural. Así, la sentencia no reseña lo argumentado al respecto en la demanda -se limita a transcribir en su fundamento primero el suplico de la demanda, sin explicar, siquiera de forma sintetizada, las razones en las que se sustenta dichas pretensiones-, ni valora la prueba practicada en el proceso de instancia sobre esa específica finca. En realidad, se limita a transcribir literalmente, en su fundamento quinto, la valoración de la prueba realizada en otra sentencia anterior de la misma Sala de instancia referida a una finca distinta; y, por tanto, no analiza la prueba documental practicada a instancia de los aquí recurrentes, ni relaciona la prueba pericial practicada con el terreno al que se refiere este litigio.

El deber de motivación de las sentencias requiere que se valore mínimamente la prueba admitida y practicada, o que, en caso contrario, se explique porqué no se realiza tal valoración [sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2011 (RJ 2011, 1089) (casación 6138/2006) y 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3897) (casación 3558/2004)]. Y ese deber no se puede suplir mediante la mera transcripción de lo razonado en otra sentencia anterior de la misma Sala de instancia sobre la prueba practicada en otro proceso y referida a una finca distinta, sin explicar siquiera las similitudes o elementos de analogía que podrían existir entre las características físicas de una y otra finca”.

Pues bien, la Sala, con vista de lo actuado en la instancia, comprueba que no fabulaba la parte apelante cuando señalaba la censurable ausencia de reflexión, por parte de la Juez a quo, sobre el dictamen pericial de la parte actora, que respaldaría, según ésta, su pretensión resarcitoria. En efecto, la sentencia recurrida basa su fallo estimatorio exclusivamente en el informe de la técnico municipal, Doña Julieta, de fecha 11 de julio de 2017, que sitúa la causa del derrumbe de la vivienda en cuestión en “(...) la baja calidad de sus materiales, la no idoneidad de los sistemas estructurales, unido a la falta de mantenimiento y abandono del inmueble (...)” (páginas 45 a 49 del expediente administrativo), que considera prevalente por ser de funcionario público, por su objetividad e imparcialidad, sin razonar nada en relación con el informe de la parte actora, emitido por Don Julián, Arquitecto, de fecha 6 de septiembre de 2017, quien, de forma antitética al dictamen de la técnico del ente local, manifiesta que “(...) las causas de estos hechos, una vez

analizados todos los condicionantes, son debidas a la filtración de agua por el vial superior y de acceso, provocado por la inexistencia de pavimento y la presencia de abundante vegetación que impide el discurrir del agua por su superficie (...)” (páginas 25 a 35 del expediente administrativo y folios 105 a 111 de las actuaciones procesales de la instancia).

Como tiene reiteradamente declarado esta Sección (por todas, sentencia 769/2019, de 4 de abril de 2019 (PROV 2019, 197926) (recurso de apelación 1085/2016), el Juez de instancia puede considerar más convincente un dictamen pericial que otros que se hayan emitido en el mismo proceso y sobre las mismas cuestiones; mas, ello obliga al Juez a quo a exteriorizar los razonamientos en virtud de los cuales otorga mayor credibilidad y poder de convicción al tenido en consideración.

Para no pronunciarse sobre otros dictámenes y pruebas admitidas y practicadas en el proceso, no basta con declarar que los informes periciales emitidos por funcionarios públicos gozan de la presunción de veracidad por su objetividad e imparcialidad, pues esa presunción es de naturaleza *iuris tantum*, que puede, por esta razón, ser enervada y destruida por prueba en contrario. Lo que es reprochable de la Juez de instancia es que despache la valoración probatoria ponderando solamente una prueba de la Corporación Local elaborada por su técnico, ya que, precisamente, los informes de parte se orientan a destruir la indicada prevalencia de los emitidos por funcionarios públicos. La Juez de instancia puede decantarse por uno u otro plácito, pero lo que no puede hacer es solo tomar en consideración uno de ellos sin hacer referencia al de la contraparte, toda vez que ese modo de proceder causa indefensión material a la parte que ha propuesto la prueba, que le fue admitida y practicada en el proceso y sobre la que la Juez a quo no exterioriza razonamiento alguno que exprese que la prueba pericial de parte no le resulta convincente y las razones de ello.

La omisión de todo pronunciamiento sobre el dictamen pericial de la parte actora en contraste con el informe de la Corporación Local demandada, hace que permanezca ignota la causa o causas en virtud de las cuales considera la Juez de instancia más persuasivo el elaborado por dicho perito en detrimento del aludido por la contraparte, lo que comporta la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte actora, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) por inobservancia del deber de motivación de la sentencia impuesto por el artículo 120.3 de la citada ley fundamental, lo que, desde luego, sume en absoluta indefensión material a dicha parte.

El motivo ha de ser, en consecuencia, estimado.

La estimación del examinado motivo comporta la parcial del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia ex artículo 238.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y, como su corolario, su revocación y la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de la mencionada resolución judicial, para que, por contrario imperio, se dicte otra respetuosa con el precitado derecho fundamental y que motive expresamente la estimación o desestimación de la pretensión deducida en la instancia exteriorizando los razonamientos sobre toda la prueba propuesta y practicada y los motivos por los que considera el informe de la Administración demandada más convincente que el aportado y citado por la parte demandante.

CUARTO

No se hace expresa declaración sobre las costas causadas en esta instancia, de conformidad con lo que dispone el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción.

(St. de 30 de septiembre de 2021 Sala de Granada. Ponente Rivera Fernández).

XX. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Responsabilidad sanitaria, Retraso injustificable en el diagnóstico. Pérdida de oportunidad. La reparación se produce porque hay retraso en el diagnóstico y tratamiento porque se demoró indebidamente su valoración por un especialista y con ello la consiguiente práctica de pruebas diagnósticas.

PRIMERO.- Se transcribe en la sentencia impugnada las fechas en las que D. R. G. acude a consulta de atención primaria en el centro de salud de Niebla (Huelva) durante el periodo comprendido entre el 4 de febrero de 2008 y el 1 de septiembre de 2011. En nueve de esas ocasiones refiere molestias o dolor en pie izquierdo, extendiéndose en ocasiones al tobillo y región del talón de Aquiles. No es hasta la última de las fechas indicadas cuando el paciente es remitido por el médico de atención primaria para que sea objeto de valoración y tratamiento por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Infanta Elena de Huelva. Allí es reconocido el 31 de octubre de 2011, solicitándose la práctica de una RMN de tobillo y retropie izquierdo y a resultas de la cual se advierte la presencia de cambios de intensidad de señal que afectan al calcáneo en su práctica totalidad, no descartándose una tumoración de estirpe maligna, razón por la cual se

recomienda la realización de una biopsia. Tras la prueba citada, así como de una Gammagrafía ósea, Tomografía (SPECT) y TAC de tórax y abdomen se le diagnostica un Sarcoma de Ewing en el calcáneo con metástasis pulmonar que en definitiva determinó su fallecimiento el 22 de agosto de 2017.

Con cita de diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación con la denominada pérdida de oportunidad en la responsabilidad patrimonial sanitaria, llega la juzgadora de primera instancia a la conclusión, tras referir lo esencial del contenido y aclaración de los informes periciales obrantes en las actuaciones, que existió retraso en la remisión del enfermo al servicio especializado de traumatología del que pudiera haber derivado un diagnóstico más temprano y certero del carcinoma y consiguiente tratamiento médico adecuado que habría supuesto mejores expectativas en la evolución de la enfermedad. Apreciándose por ello la existencia de pérdida de oportunidad fija en 60.000 € la indemnización a percibir así como los intereses del art. 106 LJCA.

Por parte de la Letrada de la Administración Sanitaria la crítica de la sentencia de instancia va dirigida en una doble dirección. Por un lado se indica que no se concreta ninguno de los dos elementos que se recogen en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de fecha 14 de octubre de 2014 como doctrina consolidada en la caracterización de la denominada pérdida de oportunidad, a saber, el grado o entidad del daño ocasionado y el grado de probabilidad de que una actuación diferente hubiera tenido como efecto la evitación del mal posterior. En particular se reprocha a la sentencia el no determinar el momento en que el paciente debió ser remitido al especialista, así como la dificultad de diagnosticar un sarcoma de Ewing, por lo que no se puede afirmar que por ser remitido a traumatología se hubiera alcanzado dicho diagnóstico. También se añade como crítica que no se particulariza el daño que sufrió el paciente como consecuencia de la actuación de los facultativos en la medida que el tratamiento aplicado no hubiera sido distinto de haberse actuado antes, ni tampoco puede afirmarse que la metástasis pulmonar fuera consecuencia del retraso en el diagnóstico y ni siquiera se ha podido fijar la época aproximada en que el tumor debutó.

Se impugna igualmente la cantidad concedida en concepto de indemnización al no establecerse los parámetros para su determinación, pues no se indica en la sentencia cual habría sido la probabilidad de que el daño se hubiera evitado o disminuido de haberse actuado diligentemente y ello porque no existe posibilidad de fijar el momento en que se considera que existe retraso

en el diagnóstico ni tampoco de que hubiera cambiado la evolución de la enfermedad en el supuesto de diagnóstico precoz.

SEGUNDO.- La pérdida de oportunidad puede definirse como una construcción doctrinal de origen jurisprudencial, que se traduce en una acción judicial que toma como base, no la causación de un daño, sino la pérdida de probabilidad o posibilidad cierta y real de obtener un beneficio. Es decir, el menoscabo último, en el presente caso la muerte, no es provocado por la Administración sanitaria, sino que su actuación (o pasividad o error) ha ocasionado la no evitación del mismo, su incremento o simplemente no lograr un mejoría posible, aunque en el presente caso únicamente podemos hablar de la primera de las posibilidades ya que se produjo el fallecimiento del paciente.

Cuando hablamos de pérdida de oportunidad el cumplimiento de la *lex artis* no es suficiente a los efectos de que se estime la plena diligencia, sino que debe desarrollarse en el momento oportuno y de la manera necesaria. No en vano, para la pérdida de oportunidad no es indispensable una vulneración de la *lex artis*, ya que una actuación médica correcta, por sus circunstancias, también puede provocar un daño, o por lo menos no evitarlo.

Conviene también traer a colación que normalmente en los casos de responsabilidad patrimonial sanitaria partimos de una realidad fáctica, doctrinal y jurisprudencial, por la cual para el resarcimiento de un daño antijurídico específico es necesaria la realidad del mismo, así como la existencia de un nexo causal entre éste y la actividad culposa que provocó la contingencia. Pero con esta idea cualquier pretensión de acudir a la pérdida de oportunidad sería imposible, dado que el fundamento de esta construcción jurídica se apoya en la existencia de un obstáculo que no permite al paciente el acceso a una prueba o a un tratamiento que podría haber evitado el resultado final. No existe un perjuicio directo, ni tampoco una nexo causal entre la actuación u omisión y el daño producido, algo que dificulta mucho la posibilidad de acceder a una indemnización salvo por la concurrencia de la noción de pérdida de oportunidad pues la misma precisamente entra en juego cuando existe incertidumbre, cuando hay dudas razonables en el nexo causal. Y ello porque es una doctrina o concepto jurídico que no incide en la práctica probatoria, sino directamente en la causalidad. Su finalidad no es la de allanar la prueba al reclamante, sino la de enlazar un nexo causal en aquellos asuntos en los que la causalidad no se encuentra demostrada al cien por cien, esto es, recorrer aquella parte del camino imposible para el demandante salvo que acudiéramos al campo de la adivinación.

También conviene poner de relieve, a fin de llevar la consideración contenida en el párrafo anterior a sus justos términos, que debe de huirse de una desmesurada potencial aplicación de la pérdida de oportunidad. Siempre será necesario desarrollar un razonamiento inductivo sobre la causalidad material, que se traduce en un juicio previo que sirve a los efectos de discernir si la oportunidad perdida es circunstancial o tiene bases sólidas y consecuentemente debe ser resarcible. Y es que no podemos eludir que el conocimiento que el ser humano llega a alcanzar de la realidad es imperfecto, característica que se ve incrementada en los procesos judiciales y que, en definitiva, una técnica como la de la pérdida de oportunidad es a la que acude el juzgador cuando su sensibilidad jurídica queda maltrecha ante la objetividad de los hechos en los que se advierte una frustración de expectativas, algo de difícil prueba.

TERCERO.- Aplicando las consideraciones anteriores al particular supuesto que nos ocupa cabe señalar, en primer lugar, que ningún obstáculo existe para aceptar extremos como los referidos en el informe elaborado por el propio Hospital Infanta Elena (folios 245 y 246 del expediente administrativo) de que el sarcoma de Ewing es un tumor óseo que afecta con preferencia a niños y adolescentes, siendo infrecuente en adultos mayores de 30 años (34 era la edad del recurrente cuando se le diagnostica), aunque puede darse en cualquier edad. Por esta circunstancia se señala que es un tumor difícil de sospechar y no en vano el perito especialista en tumores óseos declara a preguntas de las partes que el sarcoma de Ewing es conocido como “el gran simulador” por la dificultad de su diagnóstico. Además se trata de un tumor que preferentemente afecta a huesos largos y el miembro inferior, siendo también frecuente en huesos planos como la pelvis y costillas, pero que en los huesos de los pies (en este caso el calcáneo), manos y cráneo es excepcional su aparición. También se indica en el informe que el síntoma revelador del sarcoma de Ewing es el dolor, al principio intermitente, pero que después se hace persistente y de intensidad creciente, no siendo infrecuente ver pacientes que llevan varios meses de evolución. Se trata de un dolor inespecífico y común a otras muchas patologías (infección, tendinopatías) y para su diagnóstico se utiliza la radiología convencional (TAC, RM, Gammagrafía, PET) y el diagnóstico definitivo es la biopsia con estudio anatomopatológico.

Repetimos que todos los extremos vertidos en el párrafo anterior los aceptamos y que ello, en principio, pudiera llevar a considerar que no se ha producido un daño resarcible por ser inevitable. Sin embargo, junto a estas consideraciones se advierten otras de particular relevancia y que nos

conducen a la conclusión contraria. Así resulta ciertamente incomprensible que un paciente acuda hasta en nueve ocasiones al centro de salud refiriendo un síntoma semejante como es el dolor en pie izquierdo y donde el tratamiento con antiinflamatorios y analgésicos es ineficaz y se demore tres años el remitirlo a un servicio especializado de traumatología. Es obvio que el médico de atención primaria no tiene por qué sospechar que existe un sarcoma de Ewing pues no es su especialidad, pero si es de elemental consideración que ante una presentación clínica insidiosa, persistente y no curada se han de llevar a cabo pruebas diagnósticas de mayor precisión que una radiografía simple y que ha de prescribir un especialista en traumatología. No deja de ser llamativo que se remita al paciente a un servicio especializado precisamente en la primera ocasión en que cambia el facultativo de atención primera en el centro de salud al que acudía el lamentablemente fallecido.

Por lo demás, la afirmación de la letrada del SAS de que la sentencia no determina el momento en que el paciente debió ser remitido a un servicio especializado, además de resultar obvio la dificultad de precisar un momento concreto en que ello debería haber tenido lugar, no deja de ser precisamente un hecho que la Administración sanitaria debería haber intentado acreditar si lo considera relevante. Bien la declaración del facultativo de atención primaria, o bien la opinión del especialista en sarcomas óseos podría haber concretado (aunque esta posibilidad se nos antoja remota) cuando, atendida la evolución clínica del paciente, éste debería ser examinado por un especialista para la realización de pruebas diagnósticas más complejas. En ningún instante se nos explica cuando esta remisión tendría que haber tenido lugar, lo cual, ciertamente, nos resulta irrelevante pues lo determinante, en aras a concluir si hay responsabilidad patrimonial, es el muy prolongado tiempo transcurrido hasta que se adoptó la decisión adecuada. E incluso podríamos afirmar que la demora en este punto es constitutiva de mala praxis al no poner a disposición del paciente los medios adecuados y necesarios para alcanzar un diagnóstico certero, lo que sí se logró en escaso tiempo cuando ya fue atendido por los servicios hospitalarios eliminando de este modo la posibilidad de hablar de difícil diagnóstico.

En cuanto al reproche a la decisión de la juzgadora de primera instancia de que no particulariza el daño sufrido por el retraso en el diagnóstico cuando se afirma por los especialistas que el tratamiento hubiera sido idéntico en todo caso, es confundir dos aspectos de muy distinta valoración a los efectos que tratamos. El hecho de que el tratamiento con intervención quirúrgica y quimioterapia hubiera sido idéntico, ya se advirtiera el sarcoma poco tiempo después de debutar o cuando ya se encontrara en un estado evolutivo

muy avanzada que llevó incluso a la presencia de metástasis pulmonar, es irrelevante. Lo definitivo no es el tratamiento sino su posible resultado y si éste hubiera sido distinto al de fallecimiento del paciente si hubiera sido diagnosticado y tratado con anterioridad.

Es aquí y ahora, llegados a este planteamiento, cuando entramos de lleno en la que antes calificamos como zona de incertidumbre en el plano causal. Es cierto que no puede afirmarse que un diagnóstico precoz del sarcoma hubiera evitado el fatal fallecimiento, pero no puede obviarse que en la pérdida de oportunidad aquello que resulta indemnizado no es la muerte del enfermo, sino que la reparación se produce porque hay retraso en el diagnóstico y tratamiento porque se demoró indebidamente su valoración por un especialista y con ello la consiguiente práctica de pruebas diagnósticas. Es un hecho incotrovertido que cualquier probabilidad de sanación se perdió en el estado evolutivo de su enfermedad en que fue diagnosticada y que ello tuvo lugar con indebida demora por la decisión del médico de atención primaria de no posibilitar al paciente la práctica de las pruebas que su situación clínica presentaba. Cuando hay omisión de medios y ello no obedece a que estos sean escasos o de imposible uso sino a que erróneamente no se posibilita la valoración por un especialista de su utilización ya se dificulta que el paciente logre superar la enfermedad y hay una disminución de la tasa o porcentaje de supervivencia. Es obvio que el retraso en el diagnóstico de un sarcoma de Ewing disminuye considerablemente las posibilidades de un buen pronóstico y aunque nadie nos haya ilustrado sobre un cálculo de probabilidades de curación en el particular supuesto que examinamos, esto no puede conducir a desestimar la pretensión indemnizatoria solicitada. Y esto es así porque, visto desde el lado opuesto, nadie nos ha asegurado que un diagnóstico precoz hubiera sido indiferente porque el fallecimiento hubiera tenido lugar en todo caso. En definitiva, el retraso en el diagnóstico por razón imputable a la Administración sanitaria es el hecho que precisamente determina que el demandante alcance la meta final en la prueba del nexo causal que le resultaría de imposible cumplimiento, como antes apuntábamos, de no existir esa demora en la actuación de los servicios sanitarios.

CUARTO.- Resta por analizar la impugnación que la Administración sanitaria lleva a cabo respecto al quantum indemnizatorio fijado en sentencia en la cantidad de 60.000 €, reprochando la falta de motivación para establecer dicha cifra, a lo que se añade que se diga que es “por todos los conceptos”, sin especificar estos.

La declaración de responsabilidad patrimonial, y el consiguiente deber de indemnizar el daño causado, cuando resulta de la apreciación de la denominada teoría de la pérdida de oportunidad, encuentra no sólo la dificultad referida en los fundamentos jurídicos anteriores por movernos en una zona de incertidumbre, sino que esta dificultad podemos afirmar que se acrecienta cuando corresponde fijar el importe de la indemnización.

Es una regla de general, aunque no de unánime aceptación, que en estos supuestos la indemnización no puede alcanzar un importe equivalente al que se obtendría en los casos de mala praxis con producción directa de un daño derivado de la actuación de la Administración sanitaria, sino que debe ir referido a un porcentaje enlazado con criterios probabilísticos. No en vano a la teoría de la pérdida de oportunidad se la ha denominado “la hermana pobre” de la responsabilidad patrimonial.

El daño indemnizable es aquí la privación de una expectativa. Es la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el servicio de atención primaria otros parámetros de actuación, lo que determina el deber indemnizar y constituye el daño reparable. Como indica la sentencia del TS de 19 de junio de 2012 (RC nº 579/2011): *“Basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza, para que proceda la indemnización, no por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de un diagnóstico tardío de su enfermedad”*.

Como regla general, el cálculo de la indemnización se realizará atendiendo al porcentaje estadístico de probabilidad de curación que hubiera tenido el paciente si se hubiera tratado correctamente. La dificultad nace de la ausencia de aportación por las partes de ese porcentaje estadístico, lo que, unido a que efectivamente en la sentencia de primera instancia nada se dice sobre las razones por las que se alcanza la cifra de 60.000 €, obliga a este Tribunal a explicitar las razones y criterios por los cuales, ya lo adelantamos, aceptamos la cantidad fijada en la sentencia apelada.

Así, en la demanda, el quantum indemnizatorio solicitado resulta inasumible, principalmente por resultar contradictorio, pues la cifra de 155.106, 26 € se alcanza por la suma de dos conceptos como es el de indemnización básica por muerte y el de indemnización por incapacidad permanente absoluta, ambos con una reducción del 45%, que se excluyen mutuamente. Por su parte, el Servicio Andaluz de Salud se limita a indicar que a la fecha de formalización de la contestación a la demanda todavía no había tenido lugar

el fallecimiento de D. Ramón y que hay que atenerse a lo establecido en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

Pues bien, dado que el fallecimiento efectivamente se produjo escasas fechas después y acogiéndonos precisamente a los criterios de la normativa citada por el SAS, nos encontraríamos ante la indemnización por muerte donde queda huérfano el hijo único de once años de D. Ramón (la madre también falleció en 2014) y en el que la indemnización por perjuicio personal básico, perjuicio personal particular y demás gastos indemnizables, superaría incluso la que como referencia se indica en la demanda. Por otro lado en los supuestos de ausencia de un porcentaje estadístico de las probabilidades de haber evitado el daño esta Sala ciertamente ha acudido a fijar la indemnización en un 50 % del correspondiente, en este supuesto, a la muerte del paciente. De aquí que la cantidad de 60.000 €, fijada en la sentencia recurrida, no alcanzando ese porcentaje, y ante la ausencia de impugnación por la parte demandante, debemos mantenerla y declararla adecuada y proporcionada a los hechos y al resultado lesivo ocasionado.

QUINTO.- Encontrándonos ante un recurso donde la propia realidad de los hechos y de sus consecuencias puede ser objeto de valoraciones distintas y al mismo tiempo todas ellas razonables, es por lo que, no obstante la desestimación del recurso de apelación, no procede la imposición de las costas originadas en esta segunda instancia a ninguna de las partes.

(St de 23 de noviembre de 2021 Sala de Sevilla Ponente Vázquez García).

XXII. URBANISMO

Convenios urbanísticos. Cumplimientos que vienen afectados por la no aprobación del plan. Momento al que deben considerarse referidos los cumplimientos en actuaciones sistemáticas y asistemáticas. Cumplimiento por equivalencia.

PRIMERO.- Se pide de la Sala que , revocando la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Cádiz, condene al Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera por el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en convenio urbanístico de 20 de septiembre de 2002, y asimismo, subsidiariamente, que declare la imposibilidad de prestación in natura de las obligaciones contractuales asumidas por del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera dimanantes del convenio urbanístico, condenando a la Administración demandada a dar cumplimiento

mediante el abono del equivalente económico de la prestación no susceptible de cumplimiento.

Recuérdese que la vida del convenio se ha visto acompañada de diversos requerimientos para cumplir rechazados por la parte destinataria al entender que la requirente no hacía honor a las obligaciones pactadas. El Ayuntamiento requirió a P. el 23 de marzo de 2005 para que en el plazo de 15 días otorgase escritura pública de cesión de los terrenos, sin obtener la cooperación de la apelante, que consideró que la entidad local pretendía formalizar la transmisión de los terrenos sin abonarle la compensación pactada: 68.304 unidades de aprovechamiento del área de reparto del primer cuatrienio del Plan General de 2003. En fecha 14 de agosto de 2008, P. fue la requirente, solicitando del Ayuntamiento la iniciación de las actuaciones oportunas para que tuvieran lugar las transferencias de aprovechamiento a un concreto sector de destino, compensando en metálico el resto, sin respuesta de la autoridad municipal.

El juez “a quo” ha negado la existencia del incumplimiento contractual imputable al Ayuntamiento demandado, y lo ha hecho por razones con las que sustancialmente coincidimos, puesto que se basan en una previa indagación del espíritu y finalidad del convenio que la Sala considera acertada.

Y es que para que la pretensión de incumplimiento hecha valer por la recurrente prospere sería premisa necesaria asumir la interpretación del convenio que propone, la cual no resulta de los términos estipulados con la claridad que una acción de esta naturaleza requiere.

Dicho de otro modo, solo cabrá hablar con propiedad de incumplimiento de la autoridad local en el caso de que el convenio urbanístico se interprete conforme entiende la apelante, aceptando su versión acerca de alcance y sentido de lo pactado.

Recordemos que: 1º lo que se convino es una cesión de suelos propiedad de P. al Ayuntamiento, a remunerar con los aprovechamientos que debían concretarse en otros terrenos.

2º los suelos pertenecientes en pleno dominio a P. se localizaban en la finca registral 17394, por más señas, hablamos de 327 548 m² con la calificación de Sistema General Espacios Libres (SGEL), adscritos al Área de Reparto SUP del Anexo 2, que el Ayuntamiento comenzó a poseer a la firma del convenio, procediendo a su ocupación material, sin adquirir la propiedad.

3º y ello porque la transferencia plena del dominio quedó condicionada a la aprobación definitiva del Plan General de Chiclana.

4º a partir de ahí es donde comienzan las discrepancias de los litigantes y que se resumen en que la promotora entiende que, previa aprobación definitiva del PGOU, el otorgamiento de escritura pública de cesión del pleno dominio a instancia de cualquiera de las partes coincide con el momento en el que la autoridad local tiene que hacer efectiva al cedente la adjudicación de los aprovechamientos en pago de los suelos.

Por resumir, la entidad apelante entiende que del convenio resulta su derecho a que el aprovechamiento de los terrenos cedidos se haga efectivo simultáneamente a la transmisión de su propiedad, al considerar que esta es la interpretación que merece la estipulación quinta del convenio, redactada en estos términos: *“P.S.A. procederá a formalizar la cesión de los terrenos previstos como Sistema general de Espacios Libres de Pinar de Hierro en el plazo de un mes desde el requerimiento que a tal efecto le realice el Ayuntamiento de Chiclana, el cual estará legitimado para ello desde el momento de aprobación definitiva del PGMU. De igual forma, se formalizarán los aprovechamientos a favor de P.S.A.”*

Mientras que por su parte, el Ayuntamiento defiende que los aprovechamientos urbanísticos que corresponden a la cedente han de hacerse efectivos a medida que lo permitan la gestión y el desarrollo del planeamiento, y no necesariamente en el momento mismo en que en virtud de la teoría del título y del modo, la autoridad local adquiere el pleno dominio de los suelos previamente cedidos en su posesión.

La sentencia apelada lleva a cabo una interpretación del contenido obligacional del convenio celebrado por los litigantes respetuosa con criterios hermenéuticos al uso, establecidos en *artículos 1281 - 1289* del Código Civil.

Conforme al artículo 1285 CC las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, es decir, los acuerdos de voluntades reclaman una interpretación sistemática que les dote de unidad de sentido.

Y desde esta perspectiva, la cláusula sexta del convenio, al establecer que *“En todo caso, la válida materialización de los aprovechamientos urbanísticos que se derivarán de la aprobación definitiva del Plan General, estará condicionada al efectivo cumplimiento de los deberes urbanísticos asumidos por los propietarios en el presente convenio”* representa una estipulación que encaja armónicamente en la versión del Ayuntamiento, en el sentido de que remite, no ya la adquisición -puesto que los aprovechamientos pertenecen ex origine a la entidad dueña de los

suelos cedidos por esta simple condición- sino su atribución definitiva “ in situ” sobre terrenos concretos y determinados, a lo que hubiera de resultar del desarrollo y ejecución del planeamiento, pues es a su través, cumpliendo las cargas correspondientes, cuando todos los propietarios de suelo, y no solo la recurrente, hacen efectivo el contenido urbanístico que les pertenece en abstracto por su dominicalidad.

Puede admitirse sin violencia que una cláusula de este tenor literal tiene sentido precisamente si la adquisición de forma efectiva del aprovechamiento se difiere a la ulterior gestión del planeamiento y carece de él, si en cambio, la atribución concreta y efectiva ha de procurarse al cedente desde la aprobación del Plan General de Ordenación.

La interpretación de los contratos no puede ser abrogante, despojando de eficacia a una cláusula, por esta razón si -art. 1284 CC- alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto , y en este caso, la estipulación de que hablamos tiene sentido de aceptar que el convenio remite la atribución efectiva y definitiva de los aprovechamientos a la fase posterior de ejecución del planeamiento general.

Es más, y puestos a descubrir la voluntad real de los contratantes, resulta difícil aceptar que el Ayuntamiento, juzgado como un actor racional, se comprometiese a la solución para él más onerosa desde el punto de vista de la planificación y gestión urbanística, en lugar de diferir la atribución efectiva de los aprovechamientos de la cedente a la ejecución de alguno de los sectores del PGOU.

La Dirección General de Registros y del Notariado ha explicado con claridad meridiana las ideas que la Sala quiere transmitir, al explicar , en resolución de 13 de abril de 2016(BOE núm. 133, de 2 de junio 2016) que *“Después de publicado el Texto Refundido de 1976 se registró un importante esfuerzo doctrinal para integrar en nuestro sistema jurídico urbanístico la técnica operativa del aprovechamiento tipo y sus transferencias. El Tribunal Supremo la acogió en Sentencias de 22 de junio de 1981 y 4 de mayo de 1982, relativas a las Normas Subsidiarias de Ibi y Petrel, autorizando así una práctica que pronto se extendió a grandes municipios y que ha sido después mantenida en posteriores Sentencias, como las de 6 y 15 de marzo de 1993, referidas todas ellas a Normas y Planes aprobados entre el anterior Texto Refundido y la Ley 8/1990, de 25 de julio. Y esta construcción jurisprudencial, recogiendo ideas y preocupaciones de los distintos sectores del urbanismo, se vio después confirmada por Ley, primero estatal, luego autonómica, que incorpora a sus técnicas la del aprovechamiento tipo o medio.*

La transferencia de aprovechamiento es una técnica de gestión urbanística que tiene lugar por el acuerdo suscrito entre la Administración y los propietarios de suelo. En su virtud la Administración adquiere un suelo, generalmente urbano y destinado a dotación pública, evitando recurrir a la expropiación forzosa. A cambio, el propietario puede materializar su aprovechamiento urbanístico en una parcela distinta a la cedida, agregándolo al aprovechamiento propio de esta segunda parcela. El ámbito propio de estas transferencias es el de las actuaciones asistemáticas.

La Ley de 1992 introdujo la distinción entre actuaciones “sistemáticas” y “aisladas” o “asistemáticas”. Los preceptos que introdujeron tales distinciones fueron declarados inconstitucionales por la Sentencia del Tribunal Constitucional número 61/1997, por exceder la competencia legislativa del Estado en esta materia. No obstante, la terminología se halla presente en algunas legislaciones autonómicas.

Las actuaciones sistemáticas son aquellas que se llevan a cabo mediante los sistemas tradicionales de ejecución, compensación, agente urbanizador, cooperación y expropiación. Tienen por regla general como objetivo una actuación de reparcelación, urbanización o reurbanización. Mientras que las actuaciones asistemáticas tienen como objetivo actuaciones puntuales para obtener suelo de dotación pública y, generalmente, se llevan a cabo mediante expropiación, ocupación directa o transferencia de aprovechamiento, aunque dependerá de lo que establezca la respectiva legislación urbanística autonómica.

En las actuaciones sistemáticas cuando se actúa a través de unidades de ejecución, la equidistribución se consigue mediante el cumplimiento, por parte de los propietarios afectados, de las obligaciones que derivan del sistema de actuación que corresponda. El propio instrumento de gestión partiendo del aprovechamiento medio del área de reparto fijado en plan, concretará el aprovechamiento objetivo correspondiente al ámbito y el subjetivo del propietario. El incumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización en los plazos previstos implica la no adquisición del derecho al aprovechamiento urbanístico, quedando extinguido el derecho a urbanizar. En estos casos las transferencias se producirán en el periodo transitorio en que se adjudiquen o transmitan unidades de aprovechamiento de la unidad de ejecución a las empresas urbanizadoras o agente urbanizador, cuando se admita el pago a estos por esta vía, o incluso a terceros no intervinientes en la actuación y hasta la aprobación definitiva de esta.

El fundamento de estas operaciones de transferencia y así mismo las de reserva de aprovechamiento, reside en el principio de igualdad y, en consecuencia, en la justa distribución de beneficios y cargas, que ha sido configurado como principio general rector del urbanismo, es de aplicación tanto en la redacción de los planes en que se ejercita la potestad de planeamiento, como en la fase posterior de ejecución, y que ha de garantizar a todos los propietarios de suelo de cada área urbanística el porcentaje susceptible de

apropiación correspondiente. Ello significa que el ajuste entre el aprovechamiento real definido por el planeamiento y el susceptible de apropiación por el titular del terreno (aprovechamiento subjetivo) ha de procurarse no sólo cuando se actúe a través de unidades de actuación, es decir, no sólo cuando se trate de actuaciones sistemáticas, sino también al margen de ellas, es decir, cuando se produzcan actuaciones aisladas Mas será en la ulterior fase de ejecución/gestión del plan general que se concretará el mecanismo equidistributivo que haya de hacer efectivo el aprovechamiento reconocido. La concreción del modo en el que haya de agotarse el aprovechamiento reconocido a los titulares de los terrenos incluidos en el ámbito es cuestión que puede quedar pospuesta a la gestión del planeamiento, no resultando en abstracto de la asignación de aprovechamiento contenida en el plan una trasgresión del principio de equidistribución de beneficios y cargas puesto que se compensa al propietario con la atribución de un aprovechamiento lucrativo, asignación que debe compatibilizarse con la naturaleza estatutaria del derecho de propiedad del suelo y con el principio de no indemnizabilidad por la actuación de la administración urbanística”.

SEGUNDO.- Y si es claro que la DGRN se refiere a la reserva de aprovechamiento como figura claramente hermanada con su transferencia, por responder a un pensamiento común, conforme el aprovechamiento como contenido urbanístico abstracto del terreno cuya propiedad lo concede es separable del suelo que lo atribuye, en el sentido de que se materializa en otros terrenos, o se cobra en metálico, no es de recibo que el apelante se refugie en que la norma con rango de ley que regula la reserva de aprovechamiento -la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía- es posterior en el tiempo a la firma del convenio.

La parte apelante sostiene que el convenio no prevé una cesión anticipada de suelos dotacionales con reserva de aprovechamiento al modo en que la LOUA configura esta técnica de gestión urbanística y que por este motivo la interpretación del convenio que defiende la sentencia recurrida le impone retroactivamente el régimen legal de las reservas de aprovechamiento, al interpretar sus cláusulas secundum legem, con la intención de que encajen en previsiones legales nacidas al mundo con posterioridad a su firma.

Esta alegación olvida que sería posible, en todo caso, que en el ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes hubieran configurado el contenido negocial del convenio de acuerdo a directrices elegidas por el legislador ulteriormente, y además, que la reserva de aprovechamiento es una técnica de gestión con arraigo en la vida local antes de la promulgación de la LOUA, por lo que es inexacto decir que esta ley la crea ex novo; prueba de ello es que el artículo 41 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de

Actos de Naturaleza Urbanística, al regular la inscripción de las fincas y de su aprovechamiento en caso de ocupación directa, lo hace en términos que permiten reconocer la LOUA define como reserva de aprovechamiento, al disponer que mientras que la finca objeto de ocupación directa se inscribe a favor de la Administración actuante, para su afectación al uso para el que fue ocupada, registralmente ha de hacerse constar que el aprovechamiento urbanístico correspondiente se halla pendiente de consolidación definitiva por la adjudicación de la finca de reemplazo.

TERCERO.- La pretensión de cumplimiento por equivalencia persigue indemnizar a P. en la suma correspondiente al interés económico que presume le habría proporcionado el convenio de cumplirse exacta y puntualmente, por resumir, representa el ejercicio de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios que el artículo 1.124 del Código pone a disposición del contratante perjudicado por la frustración del convenio imputable a la autoridad local.

Pero es claro que el resarcimiento depende del incumplimiento de la otra parte negocial, y este, como hemos razonado, no ha tenido lugar en la forma que presume P.

La anulación judicial de los sucesivos Planes Generales de Ordenación Urbana de 2003, 2005 y 2007 es un hecho reconocido por ambos litigantes que, en efecto, puede haber distorsionado la dinámica del convenio, pero que no debe calificarse como un acto municipal de incumplimiento culpable, sino como una eventualidad que responde a la voluntad de terceros ajenos al convenio, demandantes de la nulidad.

El dato cierto que no puede obviarse es la aprobación definitiva por Orden de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de 28 de noviembre de 2016 del vigente Plan General de Ordenación Urbanística de Chiclana de la Frontera, y a partir de ahí, la Sala no se encuentra en condiciones de afirmar que el nuevo planeamiento, por su diseño del desarrollo urbano, es absolutamente inidóneo para permitir la efectividad de la reserva de aprovechamiento convenida, lo que sería el caso si de la ordenación prevista se siguiese la imposibilidad de materializar los aprovechamientos reservados, o su reducción en demérito del interés lucrativo de la apelante.

P. da a entender que el cumplimiento “in natura” del convenio se ve imposibilitado de facto por la proliferación de edificaciones ilegales que habrían colmatado los mejores suelos disponibles, pero se trata de una afirmación carente de prueba, que la Sala no puede acoger sin más.

Todo lo expuesto conduce a la desestimación del recurso de apelación, con imposición de las costas a la parte apelante, hasta un máximo de 3.000 €; por todos los conceptos.

(St de 24 de junio de 2021. Sala de Sevilla. Ponente Rodríguez Moral).

XXII. URBANISMO

Declaración de ruina. Valoración de los hechos y de la actuación de la Administración en el agravamiento de la situación inicial. Incongruencia de las medidas encaminadas a la rehabilitación con la supuesta ruina.

PRIMERO.- RESOLUCIÓN APELADA

Se recurre la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo dictada en desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Decreto 7636/16 del Teniente de Alcalde Delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María que en fecha 17 de agosto de 2016 confirmó en vía de reposición otro anterior, dado el 10 de mayo de 2016 , que en esencia vino a denegar el reconocimiento de la situación de ruina física inminente del inmueble propiedad de la recurrente, sito en la calle Cielo 104, ordenando nuevas obras de mantenimiento, consistentes en limpieza del edificio, impermeabilización en cubierta y reparación de fachada, vigerías y forjado.

SEGUNDO.- APRECIACIÓN JUDICIAL DE LA SITUACIÓN DE RUINA FÍSICA INMINENTE

Con independencia de cuál sea finalmente la valoración de la Sala sobre la concurrencia en su momento de la situación de ruina física inminente, esta cuestión no puede tener otro planteamiento que el que propone la sentencia apelada, que correctamente entiende que estamos ante una cuestión de hecho, sujeta a la apreciación que permitan los medios de prueba disponibles, que ha de hacerse al margen de todo juicio sobre a quien debe imputarse la responsabilidad del posible estado ruinógeno del edificio, de ser cierto el mismo.

Es decir, haciendo abstracción de si la situación en que se encontraba el inmueble en el momento de dictarse el acto recurrido era consecuencia del incumplimiento del deber de conservación de la propiedad o, por el contrario, de la deficiente actividad de gestión urbanística del Ayuntamiento,

por su negativa a resolver en tiempo y forma los proyectos de rehabilitación y consolidación presentados en su día por la apelante.

Cuestión distinta será valorar si del incumplimiento de las órdenes de ejecución de obras de conservación y mejora de las que ha sido destinataria la apelante puede haberse derivado un empeoramiento del estado del inmueble, susceptible de desembocar en su derrumbe físico, lo que se confunde con la cuestión de fondo, es decir, la concurrencia de la situación descrita en el artículo 159 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, para el que la ruina física inminente tiene lugar “Cuando una construcción o edificación amenace con derruirse de modo inminente, con peligro para la seguridad pública o la integridad del patrimonio protegido por la legislación específica o por el instrumento de planeamiento urbanístico”

La situación del inmueble ha sido valorada por la Jueza “a quo”, prestando especial atención a las pericias presentadas por ambas partes litigantes, siendo elementos significativos de su valoración: 1º que recoja que el perito autor del informe aportado por la sociedad apelante, fechado en mayo de 2018, reserve el riesgo de ruina a la zona interior, sin apreciar peligro de desplome inminente en la fachada, en línea con lo informado en su día por otro profesional, el Sr. Teodosio que en enero de 2011 indicaba que el grueso del muro era de 0,60 m y construcción correcta, contando con cimentación, sin presentar grietas preocupantes 2º el hecho de que el Arquitecto Sr. Victoriano, al mismo tiempo que hablaba de ruina inminente, mantuviese como solución la actuación sobre la totalidad del inmueble por la vía de la recuperación o rehabilitación, señalando que los muros estaban en aceptable estado de conservación y eran recuperables, debiendo actuarse sobre ellos con grapas respecto a las posibles fisuras, sin perjuicio de llevar a cabo actuaciones como aumento de cimentación (recalce), y sustituir los elementos de aislamiento, cubiertas, carpintería... es decir, defiende como posible la rehabilitación del edificio, en contradicción incompatible con la ruina inminente 3º todo en contraste con el informe del Inspector del Servicio de Disciplina Urbanística de ratificado en la vista en el que se decía que tras la visita girada en fecha 17 de marzo de 2016, y gracias a la composición estructural de la finca, dotada de grandes muros de carga y pequeños paños de forjados, no había deficiencias estructurales determinantes de una ruina técnica, pero si era necesario acometer obras de acondicionamiento describiendo en los folios 406 y ss las necesarias e ineludibles, sin perjuicio de la progresión del estado de peligro del inmueble en caso contrario.

Y lo cierto es que el recurso de apelación, en lugar de identificar dónde radica a su criterio el error en el proceso de formación de juicio y voluntad de la Juzgadora, se limita a mas bien a exponer ordenadamente el iter de los distintas incidencias que han jalonado la relación de la propiedad con la autoridad urbanística local , citando de nuevo los pasajes de alguno de sus informes, pero sin desvirtuar la esencia de la valoración judicial. Diremos que la apreciación de la Juez se basa en haber resaltado que los informes del Arquitecto de la propiedad tanto por su tono como por el contenido , parecían estar encaminados a procurar la rehabilitación de la finca, empresa que es cierto parece difícilmente abordable si el inmueble en cuestión amenaza ruina inminente, y que el recurso de apelación no discute seriamente esta valoración, que descansa en poner de relieve cierta contradicción entre los planes de la propiedad y su pretensión de obtener la declaración de ruina.

Y debe añadirse además, puesto que en ocasiones , los hechos hablan por sí mismos, que si juzgamos estos dinámicamente, es decir , adelantándonos a fecha de hoy y si presumimos que la propiedad ha dado lugar al cumplimiento de la orden de ejecución de las nuevas obras expresadas en el Decreto denegatorio de la situación de ruina, y que estas han sido suficientes para mantener la estabilidad del inmueble, la conclusión es que el mismo no amenazaba de ruina inminente, sino más bien en un estado de conservación mejorable.

TERCERO.- IMPOSICIÓN A LA PROPIEDAD DE REPARACIONES POR ENCIMA DEL LÍMITE DEL DEBER NORMAL DE CONSERVACIÓN

La parte apelante entiende que la sentencia ha refrendado la infracción del artículo 157 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía , en el que se establece que el contenido normal del deber de conservación que corresponde a todo propietario de un inmueble está representado por la mitad del valor de una construcción de nueva planta, con similares características e igual superficie útil o, en su caso, de dimensiones equivalentes que la preexistente, realizada con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable, lo que tiene como consecuencia que cuando el coste de obras de conservación y rehabilitación lo rebasen , aquellas se ejecutarán a costa de la entidad que lo ordene en la cuantía que exceda de dicho deber.

Con tal fin, resume el importe del coste de los trabajos de intervención y reparación del inmueble efectuados, incluyendo el de las obras ordenadas en

el Decreto recurrido, a sumar a los costes fijos de mantenimiento, estimación manifiestamente insuficiente, en la medida en que incurre en el defecto de no ofrecer la tasación del valor de reposición del edificio de nueva planta en torno al cual gira el cálculo del deber de conservación. Sin el término de comparación que representa el valor de la edificación que soportaría el suelo sobre el que se asienta el viejo inmueble y que expresa lo que como mínimo estaría obligado a pagar en condiciones normales un tercero independiente por incorporarlo a su patrimonio, es imposible determinar si el dueño del edificio soporta una carga excesiva, por lo que decae este motivo de impugnación.

CUARTO- INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

Es criterio del Tribunal Supremo (*STS de 1 de diciembre de 2003, ROJ: STS 7614/2003*) que puede, y debe, considerarse legítima la confianza del interesado en el actuar de la Administración cuando ésta lleva a cabo actuaciones lo suficientemente concluyentes como para que aquél pueda razonablemente entender: a) Que la Administración actúa correctamente [*S. de 23 de noviembre de 1984, antigua Sala 5ª (Ar. 5956)*]. b) Que es lícita la conducta que mantiene con la Administración [*S. de 22 de diciembre de 1994 (Ar. 621)*], y c) Que sus expectativas como interesado son razonables [*S. de 28 de febrero de 1989, Sala 3ª (Ar. 1458)*]. d) Que el interesado haya cumplido los deberes y obligaciones que le incumben en el caso [*S. de 30 de junio de 1993, Sala 3ª, sección 3ª (Ar. 5204)*; *S. de 26 de enero de 1990, Sala 3ª, sección 3ª (Ar. 598)*].

Y tienen naturaleza de actos concluyentes a efectos de crear esa confianza legítima en el interesado: a) La creación por la Administración de “signos externos” que, incluso sin necesidad de ser jurídicamente vinculantes, orientan al ciudadano hacia una determinada conducta [*S. de 8 de junio de 1990, Sala 3ª, sección 3ª (Ar. 5180)*; *S. de 19 de julio de 1996, Sala 3ª, Sección 5ª (Ar.6202)*; *S. de 22 de marzo de 1991, Sala 3ª, sección 3ª (Ar. 2669)*]. y b) El reconocimiento o constitución por la Administración de una situación jurídica individualizada en cuyo normal desenvolvimiento sea razonable creer [*S. de 27 de enero de 1990, Sala 3ª, sección 5ª (Ar. 562)*], siendo claro que no puede invocarse su infracción una sociedad mercantil que voluntariamente adquiere un inmueble y que a posteriori, ve rechazados por la autoridad urbanística local su proyecto de rehabilitación por razones que la Jurisdicción ha considerado conforme a Derecho. La adquisición de un inmueble confiere al nuevo dueño una simple expectativa de transformarlo urbanísticamente

con arreglo a su voluntad, pero cualquier profesional del ramo inmobiliario conoce la necesidad de recabar a posteriori las autorizaciones pertinentes, en un procedimiento ajeno a la operación de compra.

QUINTO.- COSTAS.

Con desestimación del recurso de apelación e imposición de las costas de la alzada a la parte apelante por aplicación del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, hasta un límite de 1000 €; por todos los conceptos.

(St. de 19 de julio de 2021. Sala de Sevilla. Ponente Rodríguez Moral).

CRÓNICA PARLAMENTARIA

El proyecto de ley de presupuestos fracasa en el Parlamento Andaluz

Víctor J. Vázquez Alonso

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universidad de Sevilla

El cumplimiento del principio de anualidad presupuestaria es probablemente el dato que mejor contrasta la estabilidad de un gobierno y del propio sistema político. La quiebra de este, máxime cuando se trata de un contexto inflexivo, donde la obsolescencia de unas cuentas públicas prorrogadas para responder a las demandas sociales puede ser más manifiesta, es una anormalidad que, por lo menos hasta hace un tiempo, servía para cuestionar de forma grave la propia gobernabilidad, precipitando por lo normal la convocatoria de elecciones anticipadas. Ya hemos podido comprobar en el ámbito nacional como este vínculo entre anualidad presupuestaria y gobernabilidad ha quebrado con la prórroga sucesiva de los presupuestos de 2018, todo ello en un contexto de cambio de gobierno y de crisis económica. A este respecto, roto el vínculo entre la falta de apoyo a los presupuestos y la convocatoria de elecciones, parece afirmarse, en el nuevo sistema de partidos, un nuevo binomio que aúna la quiebra del principio de anualidad presupuestaria con el estímulo al partido de gobierno para agotar su mandato. A esta lógica podría responder la inminente prórroga presupuestaria en Andalucía, después de que, según parece, no vaya a ser posible encontrar apoyo parlamentario suficiente para los presupuestos de 2022, algo inédito desde la formación del actual gobierno. Como es conocido, no es la primera vez que es necesaria una prórroga presupuestaria en Andalucía al no alcanzarse un acuerdo antes del primer día del ejercicio económico correspondiente. Ya fueron prorrogados, así, los presupuestos del año 1984 y los de 1989 bajo el gobierno de Rodríguez de la Borbolla; por dos veces lo fueron los del año 1995 y 1996, dando lugar a una convocatoria de elecciones anticipadas, y también los de 2018, de forma previa igualmente a la disolución de la Cámara. Hasta el actual proyecto de ley de presupuestos, lo cierto es que el gobierno de coalición andaluz había demostrado su solvencia parlamentaria aprobando hasta tres presupuestos con el apoyo del grupo parlamentario de VOX. Esto es así porque prorrogados los presupuestos de 2018 para 2019, una vez conformado el gobierno de coalición se aprobaron unos nuevos presupuestos hasta final de año, a los que hay que sumar los de 2020 y los de 2021, todos ellos sacados adelante en el Parlamento antes del ejercicio económico correspondiente.

Lo significativo, en este caso, es que se trata de unos presupuestos especialmente sensibles dado que, en principio, los mismos constituyen el instrumento básico de política económica para afrontar en el ámbito autonómico la crisis sanitaria y económica provocada por la pandemia. Se trata además de unas cuentas públicas sometidas de forma singular a las exigencias de planificación que impone el acceso a los fondos europeos, tanto desde el punto de vista de la ejecución del presupuesto, como, lo que es más levante, desde el propio diseño de la inversión, fiscalizada ahora con criterios específicos, dentro del programa Next Generation de ayudas europeas.

La trascendencia histórica de estos presupuestos ha sido así un argumento recurrente por parte del gobierno andaluz durante los meses previos al debate parlamentario, y fue, en buena medida, el hilo conductor de la argumentación ofrecida por el Consejero de Hacienda y Financiación Europea, Bravo Baena, durante el debate parlamentario del proyecto de ley. En cualquier caso, si algo hubiera que resaltar de esa negociación previa del proyecto de ley de presupuestos es el hecho de que por primera vez se ha escenificado, ya sea con un final frustrado, un acuerdo parlamentario entre el populares y socialistas, en el que el apoyo de estos últimos significaba, en la práctica, prescindir de aquel que hasta este momento había estado ofreciendo VOX, no sólo en el momento presupuestario sino durante la legislatura. La comunidad autónoma andaluza, la primera en la que irrumpe el nuevo sistema de partidos, caracterizado por una inédita división en la derecha, ha sido también aquella en la que primero se ha atisbado la posibilidad de un pacto entre las dos principales fuerzas políticas. A este respecto, buena parte de las intervenciones, tanto del Consejero de Hacienda como de la portavoz del grupo parlamentario socialista, durante el debate parlamentario, giraron sobre la intrahistoria de esas dilatadas e infructuosas negociaciones. En este sentido, el señor Bravo Baena resumía de la siguiente forma el iter de la negociación:

“El PSOE puso como condición para la negociación dos ideas iniciales para seguir avanzando: la primera, que el presidente de la Junta tuviese una reunión con el alcalde de Sevilla; y la segunda, que intentásemos, y creo que lo hemos intentado hacer, rebajar la tensión con el Gobierno de la nación sin perjuicio de que, lógicamente, tenemos que seguir reclamando todas aquellas cuestiones que parecen lógicas. La segunda reunión se celebró el 1 de octubre en el Palacio de San Telmo, ahí el alcalde de Sevilla trasladó un documento poco concreto, más o menos generalista, y el presidente da orden de confeccionar el presupuesto atendiendo a las prioridades de todos los gastos, fue lo que nos traslada. La tercera reunión se celebró el 19 de octubre, ahí la reunión, dos horas largas. Se comparte documentación detallada y explicaciones sobre la envolvente presupuestaria, la evolución del presupuesto por cada política de gasto,

por cada una de las secciones presupuestarias y de los capítulos (...) La cuarta reunión se celebró el 29 de octubre y ahí se entregan esas 128 páginas, que es lo que ustedes nos venían reclamando, en las cuales se visualizan 67 medidas aproximadamente, de las cuales 45 con la documentación que se aporta se ve que ya están incorporadas. Con posterioridad a esta reunión, el 1 de noviembre mantengo una conversación telefónica de una hora con uno de los representantes socialistas, que el alcalde ese día me propuso como persona de interlocución¹”

Es necesario destacar, igualmente, que este debate sobre las causas del desacuerdo estuvo marcado por la filtración en los días previos de una nota de audio de Juan Marín, vicepresidente de la Junta de Andalucía, que fue leída en su literalidad por la portavoz del grupo parlamentario Socialista, Ángeles Ferriz Gómez, durante su intervención parlamentaria, y cuya textualidad creo que vale la pena recoger en esta crónica:

“En un año electoral nos podemos permitir el lujo de presentar un presupuesto con recortes? Yo creo que no. Es estúpido. Esto, evidentemente, sería un lastre para un año electoral en el que nosotros necesitamos vender estirón. Podemos presentar un presupuesto, pero para que no nos lo aprueben. Ningún gobierno aprueba presupuestos en el último año de legislatura, pero no porque no pueda aprobarlos, sino sencillamente porque no le interesa aprobarlos. Nosotros, como gobierno, estamos obligados a traer un presupuesto, pero no estamos obligados a cuándo. ¿Me entienden? Podemos presentar un presupuesto, pero para que no nos lo aprueben. Tenemos ya unas cuentas públicas, ¿para qué hacer otras que van a implicar recortes? Esto es que no nos interesa. Prorrogamos y listo. La campaña electoral empieza en enero, y hay que quitarle al PSOE la posibilidad de ser útil. Hay que tener en cuenta que los tanques salen a la calle en enero y ahí empieza la campaña electoral pura y dura. La legislatura está acabada. Al PSOE solo le queda una jugada, que es demostrar que puede ser útil en esta legislatura, y si le quitamos esa posibilidad, pues al final hacemos pleno. Con esa estrategia tenemos que jugar hasta el final².”

Este testimonio no sólo fue objeto de referencia por parte del grupo popular, sino que también el otro grupo parlamentario interpelado para apoyar los presupuestos, VOX, hará alusión al mismo de cara a justificar su oposición a las cuentas públicas presentadas. Así, su portavoz, Gavira Florentino, insistía:

¹ Diario de Sesiones, Parlamento de Andalucía, XI Legislatura, 24 de noviembre de 2021, p. 70.

² Diario de Sesiones, Parlamento de Andalucía, XI Legislatura, 24 de noviembre de 2021, pp. 81-82.

“... cuál ha sido nuestra sorpresa cuando, a principios de la semana pasada, descubrimos que desde el propio Gobierno —desde dentro del Gobierno, señor Bravo—, se lleva maniobrando en contra de la aprobación de sus propias cuentas públicas. Consideran que es estúpido aprobar los presupuestos el último año de legislatura. Y lo que es peor, todo mientras responsabilizan a Vox del tema de los presupuestos... No sabemos si será estúpido aprobar un Presupuesto, como diría Juan Marín, pero estamos viviendo la gran farsa del Presupuesto 2022. Hemos descubierto que desde dentro del Gobierno llevan meses maniobrando contra su propio presupuesto. Ustedes ya han devorado a Cs y quieren que su entierro los paguemos otros. Por eso es necesario un adelanto electoral y³.”

La intervención de Adelante Andalucía, el tercero de los grupos que registró su enmienda a la totalidad, giro en torno a la falta de contenido social de las cuentas públicas, y al haber estado al margen de cualquier negociación, no incurrió, como en los supuestos vistos, en justificaciones dirigidas a la opinión pública sobre el papel desempeñado en la fase de elaboración del proyecto. A este respecto, la señora Nieta Castro, portavoz del Grupo Adelante Andalucía insistió en diversas realidades sociales no atendidas suficientemente, en su opinión, en las cuentas presentadas:

“... en Andalucía hay más de doce mil niños y niñas que están en aulas con ratios ilegales. Y antes de la pandemia, ustedes compartían un análisis con nuestro grupo, que era que, para mejorar la calidad educativa, era necesario bajar la ratio. Y la biología nos ha bajado la ratio: nacen menos niños y menos niñas, y hay la oportunidad de que su enseñanza sea más personalizada. Pero ustedes, desde que llegaron al Gobierno, han cerrado 1.200 aulas públicas. Por tanto, no han aprovechado la oportunidad para atender mejor a los niños y a las niñas, sino que los han asignado en aulas y han despedido a profesores y profesoras. Y eso tampoco es un criterio dislocado...; no, eso es la realidad de los números y la realidad de los hechos, consejero, sobre los que, efectivamente, tenemos una consideración crítica, porque no entendemos que ustedes defiendan convenientemente el interés general.”

En cualquier caso, y como señalaba en un principio, fue también en el propio debate presupuestario, cuando a través de la portavoz del grupo Popular, la señora Pardo Reinaldos, y frente a las afirmaciones apodícticas de los grupos parlamentarios que habían planteado enmiendas a la totalidad, y que daban por terminada la legislatura, manifestó la voluntad del principal partido de gobierno de continuar la legislatura a pesar de no poder aprobar unas cuentas públicas y, por lo tanto, pro-

³ Diario de Sesiones, Parlamento de Andalucía, XI Legislatura, 24 de noviembre de 2021, p. 130.

rrogando las anteriores. “Lamento decirles – afirmó la portavoz popular- que les quedan muchos, muchos, muchos días de frustración, señora Ferriz, porque el que caigan estas cuentas no va a implicar que caiga este Gobierno. Y este Gobierno, como bien le he dicho, va a seguir luchando por cambiar Andalucía”⁴.

Las cuentas públicas para el año 2022 fueron devueltas, obteniendo las enmiendas a la totalidad 60 votos a favor, 47 votos en contra, ninguna abstención. Cabe destacar que al no presentarse por ninguno de los grupos parlamentarios textos alternativos, estas enmiendas se votaron de forma conjunta. Como empezábamos diciendo, la pregunta que desde el momento en que los presupuestos son devueltos se plantea es la de hasta qué punto será viable la gobernabilidad en Andalucía en el concreto contexto económico por el que atravesamos, con unas cuentas prorrogadas. Resulta indicativo, a este respecto, que el propio día en que se rechazaron los presupuestos fueron convalidados dos decretos leyes: el Decreto-ley 23/2021, de 3 de noviembre, de medidas extraordinarias y urgentes de apoyo económico a los centros de atención residencial, centros de día y centros de día con terapia ocupacional para personas en situación de dependencia, y el Decreto-ley 10/2021, de 1 de junio, por el que se establecen las bases reguladoras y se convocan subvenciones a personas trabajadoras autónomas y empresas para el apoyo a la solvencia y reducción del endeudamiento del sector privado, y el Decreto-ley 20/2021, de 28 de septiembre, por el que se modifica el Decreto-ley 10/2021, de 1 de junio.

Igualmente, y frente a la imagen de la “pinza” entre Socialistas y VOX, recientemente hemos asistido a la convalidación de un Decreto Ley cuya relevancia es más que significativa. Hablamos del Decreto-ley 26/2021, de 14 de diciembre, por el que se adoptan medidas de simplificación administrativa y mejora de la calidad regulatoria para la reactivación económica en Andalucía. El apoyo de VOX a su convalidación bien puede ser visto como una renuncia a precipitar la convocatoria anticipada de elecciones en Andalucía. Nadie parece aún estar suficientemente convencido de que este es un buen plan.

⁴ Diario de Sesiones, Parlamento de Andalucía, XI Legislatura, 24 de noviembre de 2021, p. 156.

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

A vueltas sobre la problemática de la libre designación en la habilitación nacional

One Again, The problem of discretionary appoint- ment in the habilitación nacional

Rafael J. Vera Torrecillas

Profesor Asociado Doctor de Derecho administrativo (UHU)

Secretario General de la Diputación de Huelva y

Letrado Jefe del Servicio Jurídico Provincial

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA LIBRE DESIGNACIÓN COMO FORMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO. II. LA PROBLEMÁTICA DE LA LIBRE DE PUESTOS RESERVADOS A FUNCIONARIOS DE HABILITACIÓN NACIONAL. III. LA INTRODUCCIÓN DE ESTA FORMA DE PROVISIÓN EN LA ESCALA DE HABILITACIÓN NACIONAL: LAS LEYES 31/1991 Y 10/1993. IV. LA IV ASAMBLEA PLENARIA DEL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE SECRETARIOS, INTERVENTORES Y TESOREROS: EL RECHAZO DEL COLECTIVO A ESTA FORMA DE PROVISIÓN. V. LA IMPUGNACIÓN DEL REAL DECRETO 731/1993 Y LOS PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES FAVORABLES AL SISTEMA. VI. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA LIBRE DESIGNACIÓN EN LA ESCALA DE HABILITACIÓN NACIONAL. VII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

RESUMEN: El objetivo del presente trabajo es analizar el proceso de introducción de la libre designación en la Escala de funcionarios de habilitación nacional, y reflexionar sobre la incompatibilidad de este sistema de provisión excepcional de puestos de trabajo con la independencia que reclama el ejercicio por estos funcionarios de las funciones reservadas a ellos encomendadas. La existencia del peculiar régimen jurídico de los secretarios, interventores y tesoreros en nuestra función pública local, se fundamenta en la garantía de independencia y objetividad en el ejercicio de unas funciones de control que se califican como necesarias en todas las Corpo-

Recibido: 25-10-2021

Aceptado: 4-11-2021

raciones locales. Estos funcionarios no ejercen funciones propias de la ejecución de políticas públicas locales, sino ligadas a la actividad de control de legalidad, fiscalización, manejo y custodia de fondos públicos y de recaudación; funciones a todas luces incompatibles con un mecanismo de provisión en el que prima la confianza política, y en el que el nombramiento y el cese recae en la decisión discrecional del órgano político a quien fiscalizan.

PALABRAS CLAVES: Funciones reservadas; libre designación; independencia; control de legalidad; secretarios, interventores y tesoreros de Administración local.

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyse the process of introducing discretionary appointment in the Escala de funcionarios de habilitación nacional, and to reflect on the incompatibility of this system of exceptional job provision in relation to the independence required to exercise the functions reserved for these civil servants. The special legal status of secretaries, auditors and treasurers in our local civil service is based on the guarantee of independence and objectivity in the exercise of control functions that are considered necessary in all local Corporations. These civil servants do not exercise functions inherent to the execution of local public policies, but are linked to the activity of control of legality, auditing, management and custody of public funds and collection; functions that are clearly incompatible with a provision mechanism in which political trust prevails, and in which the appointment and dismissal falls under the discretionary decision of the political body they are auditing.

KEY WORDS: Reserved functions; discretionary appointment; independence; control of legality; secretaries, auditors and treasurers of local government.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA LIBRE DESIGNACIÓN COMO FORMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

El objetivo del presente trabajo es volver a traer al debate jurídico la problemática de la libre designación en el ámbito de las funciones públicas reservadas, dado que en la reforma operada en el año 2013 a través de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), la cuestión no fue puesta encima de la mesa en el debate político y ello pese a que entre los objetivos de la reforma se señalaba expresamente la necesidad de fortalecer la independencia de estos funcionarios. La incompatibilidad de la libre designación con las funciones que legalmente se le encomiendan a estos funcionarios sigue siendo una cuestión no resuelta y ello pese a que la jurisprudencia ha ido limitando cada vez más la amplia discrecionalidad que la ley otorga a la Administración a la hora de nombrar y cesar a

estos funcionarios¹. Por tanto, creemos oportuno plantear de nuevo la problemática, analizando retrospectivamente el proceso de introducción de esta forma de provisión de puestos de trabajo en el ámbito de la habilitación nacional, y su incompatibilidad con el fundamento último que justifica el mantenimiento de esta singular escala funcionarial: la independencia e imparcialidad de quienes tienen a su cargo el control de legalidad en nuestras Corporaciones Locales.

Suele indicarse que la libre designación es un sistema de provisión de puestos de trabajo que tiene por esencia permitir la libre elección entre funcionarios públicos, dentro de un marco general, de la persona que va a ocupar un determinado puesto de trabajo. Se trata, en definitiva, de un mecanismo para la provisión de puestos de trabajo que otorga a la Administración una amplia discrecionalidad para decidir los candidatos que, de entre aquellos que acuden a la convocatoria y cumplen los requisitos mínimos exigidos en la misma, han de cubrir determinados puestos de trabajo, discrecionalidad a la que no es posible acudir en el sistema del concurso de méritos, dado el carácter objetivo y estrictamente reglado del mismo².

Este sistema de provisión ha sido objeto de un interesante tratamiento doctrinal y jurisprudencial fruto de un debate teórico cuyo origen se encuentra en postulados que esgrimen la incompatibilidad de esta forma de provisión con los principios democráticos o constitucionales, especialmente la infracción del art. 23.2 de la CE. El debate se intensifica cuando de lo que se trata es de justificar la aplicación de esta forma de provisión a puestos que tienen legalmente encomendadas funciones de control y fiscalización del órgano que los nombra, puesto que la libre designación conlleva la prerrogativa del libre y discrecional cese. Y desde este planteamiento, esta forma de provisión ha sido objeto de un rechazo casi generalizado por la doctrina, al menos en su configuración normativa actual, haciéndola responsable, en parte, de los males que acarrea la función pública en general y la local en particular³.

Dicho esto, deberíamos considerar, para dejar bien centrada la cuestión, que la libre designación se diferencia del concurso no por la naturaleza política de la libre designación y administrativa del concurso, sino por el hecho de representar la primera una discrecionalidad prácticamente total, aunque cada vez más limitada jurisprudencialmente, en la elección del titular a ocupar un determinado puesto. De

¹ Véase, SÁNCHEZ MORÓN, M. “«Libre» designación y «libre» cese en la función pública: los límites de la discrecionalidad”, en *Revista de Administración Pública*, 211, (2020), pp. 11-35.

² El propio TREBEP nos ofrece una definición de libre designación en su art. 80.1 al establecer que: “La libre designación con convocatoria pública consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto”.

³ PÉREZ LUQUE, A.; *Provisión y pérdida de los puestos de trabajo de las Corporaciones Locales*, Edit. La Ley Actualidad S.A., 2005, p. 507.

esta forma, la característica principal del sistema de la libre designación es, como su propio nombre indica, la libre elección entre los candidatos y, como consecuencia de ello, el libre cese, pues la discrecionalidad actúa como elemento fundamental no solamente para la elección del funcionario, sino también para su destitución; de este modo, el funcionario libremente elegido para ocupar un puesto de carácter directivo, también podrá ser libre y discrecionalmente cesado. Como se ha expresado por la doctrina, se trata de un sistema atravesado por la confianza política, que no técnica, pues la designación, sin perjuicio de que se realice entre un círculo determinado de personas, conlleva una inevitable carga ideológica tanto por el procedimiento que se emplea como por la naturaleza del órgano que la realiza⁴. Como vemos, se trata de un sistema de provisión sustentado sobre la lealtad política del funcionario nombrado hacia el político que lo nombra y en la confianza que éste debe tener en aquél.

Por estos motivos, no es de extrañar que la libre designación haya sido objeto de duras críticas doctrinales⁵. Los riesgos de la libre designación son evidentes, pues llevan ineludiblemente a la politización de las estructuras administrativas, a lo que Garrido Falla definía como sistema de botín, contrapunto del sistema de mérito, propio de una Administración pública institucionalizada⁶. No obstante, se ha indicado, como argumento que justifica la aplicación de este sistema de provisión de puestos, que la implantación de la excelencia en las Administraciones públicas exige una libertad organizativa, no solo respecto de los titulares del órgano directivo, sino

⁴ JIMÉNEZ ASENSIO, R.; *Altos Cargos y Directivos Públicos. Un estudio sobre las relaciones entre la política y la administración en España*, 2ª Edición, IVAP, Oñate, 1998, p. 217.

⁵ ÁLVAREZ RICO y GONZÁLEZ-HABA GUIASADO han indicado que “en nuestra Administración, el expansionismo incontrolado de la libre designación ha provocado no solo el descrédito de quienes la utilizan, sino sobre todo la frustración y la desmoralización de quienes lo han padecido. Y con los abusos y excesos que se han cometido y que se cometen en este ámbito, lo que se consigue es desmotivar a los perjudicados, marginar a los competentes y promover a quienes no reúnen méritos suficientes. Sin olvidar el grave daño que causa a la organización, a causa de una política de personal tan errónea como contraproducente”; *Administración y Función Pública en España*, 2ª Edición, Edit. DYKINSON, 1998, pág. 418. MORELL OCAÑA, L. muy crítico a esta forma de provisión ha llegado a indicar que “puede afirmarse que si el sistema de libre designación es carente de objetividad, lo es también de la mínima garantía de imparcialidad que se ha de dar en estos cargos; no lo diremos nosotros, sino que lo hace la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo. Por eso, el sistema de libre designación es, lisa y llanamente, algo contrario a la arbitrariedad que prohíbe el artículo 9.3 de la propia Constitución. Y, pese a lo que se afirma, el principio de mérito está presente en la carrera hasta llegar a los casos en que este sistema de libre designación se aplica: se termina la Carrera profesional, no se aplica el artículo 23.2 CE”; “Dirección de la Administración Pública por el Gobierno y garantías de imparcialidad administrativa”, en *R.A.P.* núm. 156. 2001. p. 58. BOIX REIG manifiesta de forma contundente que la libre designación “ha favorecido el clientelismo y ha cerrado en excesivas ocasiones todo resquicio a la luz y a la objetividad”; *Régimen Jurídico de la organización municipal. Estatutos del Concejal y del Funcionario*, 1ª Edición, Edit. TRIVIUM, 1991, p. 179.

⁶ GARRIDO FALLA, F.; *Reformas de la Función Pública Reformas de la función pública: discurso leído el día 19 de febrero de 1985, en el acto de su recepción pública como académico de número por el Excmo. Señor D. Fernando Garrido Falla y discurso de contestación del académico Excmo. Sr. D. Laureano López Rodó*; Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Edit. TECNOS, Madrid, 1985, p.75.

también del equipo inmediato que le asiste, además de configurar un medio técnico adecuado que no dista de otras figuras en las cuales la discrecionalidad administrativa en la selección es, en muchas ocasiones, más sutil; y sin olvidar que el interés de la sociedad debe primar frente al interés particular de un hipotético derecho a una carrera administrativa en la dimensión directiva o gestora⁷.

No obstante, conviene centrarnos en el concreto problema que la libre designación presenta en la provisión de puestos reservados a secretarios, interventores y tesoreros, pues ciertamente la instauración del sistema de libre designación supone la ruptura de un modelo que tenía la virtud de separar adecuadamente los órdenes político y administrativo en nuestras Entidades Locales⁸, cuyo objetivo básico era la de garantizar la mayor independencia en el ejercicio de una funciones reservadas a estos funcionarios e introducir mecanismos de control interno en unas Administraciones escasas de ellos. La libre designación viene a irrumpir en el sistema, desconfigurándolo e introduciendo elementos que distorsionan su régimen jurídico, por mucho que se trate de justificar su existencia.

II. LA PROBLEMÁTICA DE LA LIBRE DESIGNACIÓN DE PUESTOS RESERVADOS A FUNCIONARIOS DE HABILITACIÓN NACIONAL

La introducción de este sistema de provisión en el ámbito de la habilitación nacional encontró desde en un primer momento la dura oposición del Consejo General de Colegios de Secretarios, Interventores y Tesoreros⁹. Desde COSITAL se argumentaba que el ejercicio de las funciones reservadas a esta escala funcional exigía grados dosis de imparcialidad e independencia que no quedaban garantizadas a través este sistema de provisión de puestos de trabajo, cuyos titulares podían ser libremente cesados si perdían la confianza de la autoridad a la que fiscalizan. En efecto, la libre designación como forma de provisión de puestos reservados a funcionarios con habilitación estatal se veía como un obstáculo evidente para un ejercicio independiente, responsable y eficaz de la labor legalmente encomendada a estos funcionarios¹⁰. Aquí radica la esencia del problema, pues como ya apuntó en su día Morell Ocaña, “difícilmente se puede lograr la necesaria imparcialidad, subrayada expresamente por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) para los funcionarios locales, si es ahora el propio legislador el que

⁷ LORENZO DE MEMBIELA, J.B.; *El Acceso y la Provisión de Puestos de Trabajo en la Administración Pública. Manual Práctico de la Función Pública*, 1ª edición, Edit. THOMSON-ARANZADI, 2005, p. 551.

⁸ Vid. MORELL OCAÑA, L.; “Tratamiento jurisprudencial de la provisión de puestos de trabajo para Funcionarios con Habilitación de Carácter Estatal”, en *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, núm. extraordinario, julio 1997, p. 119.

⁹ Vid. Editorial *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, núm. 575, noviembre, 1992.

¹⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, 13ª edición, Madrid, 2020; p. 76.

coloca a estos bajo la exigencia de una lealtad personal hacia la facción dominante en la Corporación”, creándose un “estrato funcional basado en estrictas lealtades personales”¹¹, ya que a nadie se le escapa la incompatibilidad entre este sistema de provisión con la independencia necesaria para un ejercicio eficaz de las funciones reservadas a los funcionarios con habilitación nacional. Piénsese qué ocurriría en un Ayuntamiento si el interventor (o el secretario) de libre designación informase que los acuerdos que adopta el alcalde, cuya confianza ha depositado en su persona al nombrarlo como tal, son contrarios a derecho. Puede adivinarse sin mucho esfuerzo que la libre designación coloca a estos funcionarios en una situación de debilidad que impide un adecuado ejercicio de las funciones de control y fiscalización que legalmente se les encomiendan; y es que la amenaza de la posibilidad de un cese fulminante opera como elemento disuasorio para el habilitado y obstaculiza la necesaria imparcialidad y neutralidad que la ley reclama a estos funcionarios¹².

Creo acertar al indicar que la introducción de la libre designación en el ámbito de la habilitación nacional ha supuesto el ataque más grave a un sistema de función pública local articulado sobre la base de la necesaria imparcialidad de los funcionarios que ocupan los puestos más relevantes dentro de la Corporación y que asumen las responsabilidades de control de legalidad y de fiscalización; pues la objetividad y la imparcialidad de estos funcionarios se configuran como uno los pilares sobre los que se sustenta el actual sistema de la habilitación nacional en la función pública local. Convendría recordar a Parejo Alfonso cuando afirma que la objetividad se ofrece como lo contrario a la parcialidad, parcialidad propia del partidismo político y de intereses económicos y sociales concretos distintos a los definidos como generales, de ahí “justamente, la previsión constitucional de la regulación por ley de las garantías para la imparcialidad de los funcionarios públicos, es decir, de los principales medios personales de la Administración en el ejercicio de sus funciones”¹³. La independencia es el requisito necesario para la imparcialidad y esta es ajena al partidismo político.

¹¹ MORREL OCAÑA, M.; *El sistema de confianza política en la Administración Pública*, Edit. Civitas, Madrid, 1994, p. 94.

¹² Podemos poner como ejemplo la noticia aparecida en el periódico ABC el 8 de julio de 2008 en la que se informaba que el Oficial Mayor del Ayuntamiento de Sevilla había demandado al Consistorio por acoso, ya que fue relevado de los cargos que le hubieran correspondido en el organigrama municipal durante la persecución que denuncia ha venido sufriendo en los últimos años. Una situación que achacaba, según su demanda, a que no se plegaba a las directrices políticas del gobierno municipal, «dado que no era del agrado del equipo de gobierno en cuanto que la legalidad dimanaba de los informes que se le indicaban». O el cese del Interventor General de la Comunidad de Madrid (BOCM de 28 de julio), curiosamente después de emitir un informe desfavorable sobre el coste de las medidas medioambientales de la M-50, debido al desfase presupuestario entre lo inicialmente presupuestado y el coste real de la carretera.

¹³ PAREJO ALFONSO, L.; “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, en *Documentación Administrativa*, núm. 218-219, abril-septiembre de 1989, p. 42

Los funcionarios de habilitación estatal asumen la responsabilidad del desempeño de unas funciones que han sido calificadas por el propio Tribunal Constitucional¹⁴ como esenciales en todas las Corporaciones Locales y que, por su propia naturaleza, quedan reservadas a determinados funcionarios con un específico grado de formación, cuya misión es la de garantizar de manera generalizada en todas las Administraciones Locales el correcto desempeño y desenvolvimiento de cierto elenco de funciones que, por su trascendencia misma, rebasan el estricto interés local. Además, el ejercicio de las funciones que desempeñan estos funcionarios exige grandes dosis de imparcialidad e independencia, pues la independencia y la consiguiente imparcialidad son consustanciales a la naturaleza del control interno que, en esencia, es la misión que legalmente tienen encomendada estos funcionarios. Así, a nadie se le escapa que la libre designación resulta manifiestamente incompatible con las funciones encomendadas a estos funcionarios y ello a pesar de que la jurisprudencia se esfuerce en justificar su adecuación a los principios de mérito y capacidad sobre la base de una teórica discrecionalidad técnica, basada en la basarse en la apreciación técnica y objetiva de los méritos de los candidatos, sin margen alguno para expresar ningún tipo de preferencia personal. Sin embargo, la realidad es bien distinta, pues la libre designación parte de una relación de lealtad del funcionario respecto a la facción política dominante, dejando en manos del político una amplia discrecionalidad que dificulta sobremanera el control judicial.

Señala Sánchez Morón que el desempeño de los puestos reservados a funcionarios de habilitación nacional requiere una garantía reforzada de imparcialidad frente a los cargos electos, que el sistema de libre designación (y libre cese) debilita inevitable y decisivamente¹⁵. En efecto, la imparcialidad, consustancial al ejercicio de las funciones reservadas, exige la independencia del funcionario respecto al órgano al que fiscaliza. Se trata, a nuestro juicio, de un punto de partida diferente al que se utiliza para justificar la aplicabilidad de este sistema a los funcionarios que desempeñan funciones eminentemente directivas, en los que la confianza y la sintonía política son razones de peso para justificar la utilización de este sistema de provisión de puestos de trabajo, ya que el buen funcionamiento de la Administración exige que los funcionarios que ocupan puestos de alta responsabilidad se encuentren especialmente comprometidos con las políticas diseñadas por el ejecutivo.

No debe olvidarse que la libre designación tiene como fundamento la confianza mutua entre superior e inferior, aunque limitada a los niveles más altos de la jerarquía administrativa, donde se comparten responsabilidades de gobierno¹⁶, que exige

¹⁴ STC 214/1989, de 21 de diciembre (F.J. 25).

¹⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la Función Pública*, 13ª Edición. Edit. TECNOS, 2020, p. 167.

¹⁶ BEATO ESPEJO, M.: “La libre designación a la luz de la doctrina jurisprudencial: garantía jurídicas”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 3, 1984, p. 203.

que estos funcionarios libremente designados guarden una sintonía con los niveles de decisión política a fin de garantizar un eficaz funcionamiento de la maquinaria administrativa. La esencia de la problemática que se plantea no se encuentra en la legalidad o constitucionalidad de esta forma de provisión de puestos de trabajo, sino en la compatibilidad entre las funciones propias de estos funcionarios y la utilización de un sistema de provisión en el que en la praxis prima la sintonía política sobre la capacidad y los méritos de quienes aspiran a ocupar un determinado puesto que exige la independencia e imparcialidad y, consecuentemente, la neutralidad política de quien lo ocupa¹⁷.

De esta forma, el sistema de libre designación conlleva de facto la politización de los escalones intermedios de la Administración y encubre, como acertadamente indica Jiménez Asensio, en ocasiones decapitaciones de los enemigos políticos y encumbramiento de los fieles al partido en el poder¹⁸, ya que se trata de un sistema de provisión que pivota, no lo olvidemos, en la confianza política como factor básico, o quizás único, de selección del aspirante a ocupar un puesto de responsabilidad en la Administración.

Efectivamente, la libre designación pudiera ser un medio idóneo y adecuado para la formación de equipos directivos¹⁹, pero plantea muchos interrogantes cuando de lo que se trata es de cubrir puestos cuya misión fundamental es velar por la legalidad de la actuación de la Administración pública. El propio Tribunal de Cuentas, como veremos, se ha manifestado muy crítico con esta forma de provisión cuando se trata de puestos reservados a habilitados nacionales, destacando la encomiable labor que realizan estos, cuya dependencia orgánica, la posibilidad de fijar sus condiciones de trabajo y, sobre todo, la facultad de cesar discrecionalmente al funcionario, amenaza de forma clara y evidente el efectivo ejercicio de su independencia funcional,

¹⁷ De esta forma, recordemos a LÓPEZ MERINO, cuando afirmaba que “Muchos piensan, en conciencia, y por supuesto el colectivo de funcionarios al que nos referimos, que hay una estrecha vinculación entre imparcialidad en el ejercicio de las funciones de un puesto de trabajo que incluya las de fe pública y asesoramiento o las de control y fiscalización y el nombramiento objetivo (concurso de méritos), y por contra, que es imposible cohesionar aquella imparcialidad con el nombramiento subjetivo (libre designación) -para valorar la fidelidad, confianza u otras cualidades no objetivables- y el posible libre cese que comporta, cuando están en manos de aquel cuya actuación ha de ser asesorada o controlada y fiscalizada por el nombrado en tan precaria situación”, “La posición del Colegio Nacional de Secretarios, Interventores y Depositarios de Administración Local respecto del Estatuto Jurídico actual de sus miembros”, en *Revista de Estudios Locales (CUNAL)* número extraordinario de junio de 1997, p. 96-97.

¹⁸ JIMÉNEZ ASENSIO, R.; “Libre designación y funcionarios con habilitación nacional (Algunas reflexiones <<colaterales>>, tomando como excusa la STC 235/2000, de 5 de octubre, sobre el sistema de provisión de puestos denominado <<libre designación>>”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm., 16/2000, Edit. ARANZADI, S.A., 2000.

¹⁹ LORENZO DE MEMBIELA, J.B.; *El Acceso y la Provisión de Puestos de Trabajo en la Administración Pública. Manual Práctico de Función Pública*. Edit. THOMSON-ARANZADI, 2005. p. 550.

por lo que incluso ha llegado a pedir que se regulen las causas de cese con criterios objetivos, excluyendo su carácter discrecional²⁰. No debemos olvidar que esa independencia se establece por imperativo legal en lo que se refiere a las funciones de intervención de conformidad con el art. 222 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL) que, de forma categórica, dispone que “Los funcionarios que tengan a su cargo la función interventora así como los que se designen para llevar a efecto los controles financiero y de eficacia, ejercerán su función con plena independencia...”.

Por consiguiente, como se expresó por el propio colectivo de funcionarios, “el marco de neutralidad e independencia en que esta alta función debe desarrollarse repugna el sistema de libre designación”²¹. En este sentido, en la IV Asamblea Plenaria del Consejo Nacional de Colegios de Secretarios, Interventores y Tesoreros (marzo de 1992) se señaló que la implantación de la libre designación constituía un “grave error y un daño” para las funciones que vienen desarrollando estos funcionarios. Sólo un sistema de pesos y contrapesos en el ejercicio del poder asegura la protección del ciudadano frente a las arbitrariedades en las que lamentablemente incurren a veces quienes lo ejercen. La única forma de garantizar que los responsables políticos respeten la legalidad es someterlos al control de otros poderes independientes y eficaces, cuya función sea precisamente fiscalizar y, si es necesario, cuestionar sus decisiones. Ésta fue la razón de la existencia de los Cuerpos Nacionales, ya que siempre se ha considerado de trascendental importancia que tanto el puesto de secretario como el de interventor recaigan en personas independientes e imparciales en su ejercicio profesional, condiciones que son de difícil observancia desde el momento en que estos funcionarios son libremente nombrados y cesados por la misma autoridad a la que fiscalizan.

III. LA INTRODUCCIÓN DE ESTA FORMA DE PROVISIÓN EN LA ESCALA DE HABILITACIÓN NACIONAL: LAS LEYES 31/1991 Y 10/1993

En la redacción originaria de la LRBRL no se contemplaba la libre designación como forma de provisión de puestos de trabajo para los funcionarios con

²⁰ Véase en este sentido la Moción sobre el control interno, llevanza de la contabilidad, gestión de personal y contratación en las Entidades Locales, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 20 de julio de 2006.

²¹ Seminario sobre Selección, Formación y Provisión de los Funcionarios de la Administración local; La función pública local y la habilitación nacional / Seminario sobre Selección, Formación y Provisión de los Funcionarios de la Administración local con Habilidadación Nacional, celebrado en el INAP los días 25, 26 y 27 de junio de 1997.

habilitación de carácter nacional. Sin duda, fue una opción del legislador excluir a esta escala del sistema de la libre designación para la provisión de puestos de trabajo reservados, toda vez que este procedimiento excepcional de provisión ya había sido previsto en nuestra función pública por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (LMRFL)²². En efecto, establecida legalmente la libre designación en nuestra función pública, perfectamente podría haberse incluido en el art. 99 LRBR, junto al concurso, como forma excepcional para proveer determinados puestos de trabajo reservados a habilitados nacionales. De esta forma, resultaba evidente que su no inclusión obedecía a que en aquel momento se entendida improcedente su utilización cuando se trataba de funcionarios a los que legalmente se le encomendaban funciones de asesoramiento legal, fe pública y control y fiscalización interna, funciones que exigían grandes dosis de objetividad e imparcialidad en su ejercicio. Sin embargo, era cuestión de tiempo el que la libre designación acabara por irrumpir en los puestos reservados a la Escala de funcionarios de habilitación nacional.

La LRBR atribuye a los funcionarios locales con habilitación nacional el desempeño de las funciones de “fe pública y asesoramiento legal preceptivo” y de “control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación” (artículo 92.3, derogado), siendo consciente el propio legislador de que el desempeño de estas funciones debían revestirse de las medidas precisas “para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”, previsión que se recogía en la versión original del art. 92 bis de la LRBR. No debe perderse de vista que el sistema se cierra con la adscripción a los puestos de trabajo de estos funcionarios con habilitación nacional, estableciendo la Ley el concurso de méritos como sistema normal y general de provisión de puestos de trabajo, concurso que, como señalaba la STC 193/1.987, de 9 de diciembre, debe resolverse de acuerdo con un criterio estrictamente técnico, valorando exclusivamente el mérito y la capacidad del aspirante a la plaza de que se trate conforme establece el artículo 103.3 de la CE. Al irrumpir la libre designación en el sistema de provisión de puestos reservados a los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional, el problema a resolver era si, desde un punto de vista objetivo, la libre designación impedía o limitaba el ejercicio de las funciones reservadas con la

²² En efecto, la LMRFL en su art. 20.1. b) establecía que se cubrirán por este sistema de libre designación los puestos que se determinen en la relación de puestos de trabajo. Para su provisión deberán anunciarse en los «Boletines» y «Diarios Oficiales» por la autoridad competente para efectuar los nombramientos. La convocatoria indicará la denominación, nivel y localización del puesto, así como los requisitos mínimos exigidos a los funcionarios que aspiren a desempeñarlos, y concederá un plazo no inferior a quince días para la presentación de solicitudes. Dichas solicitudes se elevarán a la autoridad competente, que, previo informe del Jefe de la dependencia, procederá al nombramiento en el plazo máximo de un mes y lo comunicará al correspondiente Registro de Personal.

independencia e imparcialidad requeridas, hasta el punto de menoscabar las necesarias garantías para el ejercicio de esas funciones públicas, lo que supondría quebrar con todo el sistema de la habilitación nacional.

Ciertamente, la libre designación ha sido tradicionalmente un mecanismo muy utilizado para la provisión de puestos de trabajo en nuestra función pública²³, dato que no pasó desapercibido por la FEMP en el momento de la redacción de la LRBRL, manteniendo una postura de presión para que la libre designación fuera introducida en la LRBRL como forma de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de habilitación nacional en las grandes Corporaciones locales. Más adelante llegó a merecer una resolución adoptada en el seno de la Comisión sobre Estatutos, Función Pública e Informática de la V Asamblea General de la FEMP por la que se promovía la modificación del art. 99 de la LRBRL con el objeto, entre otras cosas, de incorporar la libre designación como forma de provisión excepcional para puestos de especial dedicación y responsabilidad en las grandes Corporaciones locales, considerando que la línea iniciada por la Disposición Adicional séptima (convertida posteriormente en octava) del Proyecto de Presupuestos para el año 1992 constituía un buen camino para lograr “un sistema de provisión de los funcionarios con habilitación de carácter nacional más adecuado a las actuales necesidades de las Corporaciones locales”²⁴.

En efecto, la Disposición Adicional octava de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, vendría a romper con el modelo tradicional de provisión de puestos de trabajos reservados a los funcionarios con habilitación de carácter nacional a través del concurso, único sistema que inicialmente se entendía viable dada, como hemos indicado, la necesaria independencia que debe presidir el ejercicio de las funciones que se les encomienda²⁵. La nueva redacción de la LRBRL permitía que con carácter excepcional y en los términos que se determinan reglamentariamente, pudieran ser cubiertos mediante el sistema

²³ Debemos recordar que el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprobaba el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, en su art. 56 preveía la libre designación junto al concurso, como formas de provisión de puestos de trabajo, señalando que la libre designación solo podría ser utilizada excepcionalmente en aquellos puestos de trabajo que se califican como tales por la Comisión Superior de Personal.

²⁴ *Vid.* Carta Local, Boletín Informativo de la FEMP, núm. 22, diciembre de 1991, p. 24.

²⁵ Así, la disposición adicional octava, que daba nueva redacción al art. 99.1 LRBRL, establecía lo siguiente: “...Con carácter excepcional, y en los términos que se determinen reglamentariamente, podrán ser cubiertos mediante el sistema de libre designación con habilitados de carácter nacional, aquellos puestos reservados a ellos de nivel 30 de complemento de destino, en atención al carácter directivo de sus funciones, especial responsabilidad y en función del volumen de población o presupuesto de las Entidades locales. Las Corporaciones locales realizarán la convocatoria de estos puestos con idénticos requisitos de publicidad que los concursos. A los funcionarios que sean cesados en los mismos se les garantizará un puesto de trabajo de su mismo grupo de titulación en la respectiva Corporación. (...)”.

de libre designación con funcionarios con habilitación de carácter nacional aquellos puestos reservados de nivel 30 de complemento de destino, en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad y en función del volumen de población o presupuesto de las Entidades.

En todo caso, la reforma materializada por la Ley 31/1991 se justificaba según la Exposición de Motivos de la Ley 10/1993, de 21 de abril, en la inaplazable necesidad de agilizar los procesos de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de habilitación nacional, su adecuación al modelo aplicable en la Administración del Estado en cuanto a lo que se refiere a los procedimientos de cobertura y la urgencia de avanzar en el desarrollo del principio constitucional de autonomía local, atribuyendo a las Corporaciones locales más facultades decisorias al respecto. Sin embargo, se trataba de una regulación poco afortunada. En primer lugar, mereció la crítica doctrinal generalizada por utilizarse, como era tan habitual, las leyes de presupuestos para introducir modificaciones en materias alejadas de su objeto propio; pero también se destacaba el carácter vago e impreciso de su redacción, donde ya se adivinaba que la clave del sistema era el carácter directivo de las funciones que deben desarrollarse en determinados puestos por el volumen de población o presupuestario o la especial responsabilidad. Por lo demás, se establecía una remisión prácticamente total a una regulación de carácter reglamentario, aun cuando se incorporaban dos medidas para garantizar un pretendidamente correcto funcionamiento del sistema de la libre designación. De esta forma, se establecía que las Corporaciones Locales realizarían la convocatoria de estos puestos con idénticos requisitos de publicidad que los concursos; y, en segundo lugar, se disponía que a los funcionarios que sean cesados en los mismos se les garantizará un puesto de trabajo de su mismo grupo de titulación en la respectiva Corporación, defectuosa redacción fruto, sin lugar a dudas, de la precipitación que caracteriza en ocasiones a nuestro legislador, pues planteaba interrogantes, ya que no aclaraba por cuánto tiempo podía estar el cesado en esta situación, ni que se entienda por un puesto del mismo grupo de titulación.

No obstante, lo que sí se evidenciaba era que la tendencia generalizada en nuestra Administración de la aplicación de la libre designación para cubrir puestos de naturaleza directiva, no iba a dejar fuera a los puestos de habilitación nacional que tradicionalmente se habían venido cubriendo a través de mecanismos ajenos a la discrecionalidad²⁶. De esta forma, la Disposición Adicional octava de la Ley 31/1991

²⁶ No obstante, para ser precisos habría que indicar que la libre designación no introduce la discrecionalidad en el nombramiento de puestos reservados en nuestro Ordenamiento. Debemos recordar el sistema de terna, introducido por el régimen franquista en la Ley de Bases del Régimen Local de 1945 y en el Reglamento de funcionarios de Administración Local de 16 de diciembre de 1952. Esta forma de provisión se caracterizaba porque un Tribunal calificador (integrado por el Jefe Central de los Servicios de Inspección, que actuaba como presidente, el Presidente del Colegio Nacional de Secretarios, Interventores y Depositarios, y el Jefe de la Sección Primera de la Dirección General de Administración Local, que ac-

supondría un punto de inflexión en el futuro del colectivo de los funcionarios de habilitación nacional, hasta el punto de generalizarse como forma ordinaria de proveer los puestos reservados en las grandes Corporaciones locales.

Sin embargo, a la vista de la posible inconstitucionalidad de la Disposición Adicional octava, sobre todo teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el contenido material de las leyes de presupuestos, el Gobierno se apresuró a tramitar la reforma del art. 99 por la vía de la iniciativa legislativa ordinaria. De esta forma, se aprobaba la Ley 10/1993, de 21 de abril, por la que se modificaba el régimen de puestos de trabajo reservados a funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional. El art. 2 de la Ley procedía a la reforma del citado art. 99 de la LRBRRL resultante de la modificación operada por la Disposición Adicional octava de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, quedando redactado su párrafo 2 como sigue:

“... Excepcionalmente, podrán cubrirse por el sistema de libre designación, entre habilitados de carácter nacional de la subescala y categoría correspondientes, los puestos a ellos reservados que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo. Dicho sistema sólo podrá adoptarse, en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman, respecto de los puestos en Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, Ayuntamientos, capitales de Comunidad Autónoma o de provincia y de municipios con población superior a cien mil habitantes, siempre que tengan asignado nivel 30 de complemento de destino.

Cuando se trate de puestos de intervención o tesorería, además de los requisitos anteriores, la cuantía mínima del presupuesto ordinario de la Corporación habrá de ser superior a tres mil millones de pesetas. A los funcionarios cesados en los mismos se les garantizará un puesto de trabajo de subescala y categoría en la Corporación, que deberá figurar en su relación de puestos de trabajo.

Las bases de la convocatoria para cubrir estos puestos serán aprobadas por el Pleno de la Corporación y contendrán la denominación y requisitos indispensables para desempeñarlos.

tuaba de secretario) proponía al Director General de Administración Local una terna, correspondiéndole elegir discrecionalmente al candidato (entre la terna propuesta) y elevar a su vez su elección al Ministro de Gobernación para que este procediese a su nombramiento definitivo y publicación en el B.O.E. Se exigía un informe favorable de la Corporación Local sobre los concursantes que solicitasen la plaza. Este sistema, se recogía también en el Real Decreto 3046/1977, que aprobó el Texto Refundido Parcial de la Ley de Bases del Régimen Local, que establecía un régimen singular para la realización de los concursos de traslados entre funcionarios pertenecientes a los Cuerpos Nacionales de Administración Local. El nombramiento en estos casos correspondía al Ministro dentro de una terna formada por los aspirantes de mayor puntuación, existiendo una propuesta priorizada de la Corporación de carácter no vinculante.

La convocatoria, que se realizará con los requisitos de publicidad de los concursos, y la resolución, previa constatación de la concurrencia de los requisitos exigidos en la convocatoria, corresponde al presidente de la Corporación, quien dará cuenta de esta última al Pleno de la misma. (...)”.

Resulta cuanto menos llamativo cómo la Exposición de Motivos de la Ley se esforzaba por justificar la reforma:

“La concreción de las normas básicas para la aludida provisión de puestos de trabajo exigida por dicho precepto (se refiere al art. 99 LRBRL), avanzada con participación de los sectores afectados, ha puesto de relieve la necesidad de enmarcar el sistema de libre designación establecido dentro de los límites y garantías exigidos por la peculiaridades de la Administración Local, así como de perfeccionar un aspecto directamente relacionado con la provisión, aunque distinto a ella, cual es el régimen de asistencia técnica a las Corporaciones Locales”.

Pero la Exposición de Motivos de esta Ley va más allá, pues en su primer párrafo recoge una serie de argumentos que supuestamente justificaban la introducción de la libre designación en la habilitación nacional, al afirmar que:

“La inaplazable necesidad de agilizar los procesos de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional (cuya complejidad obliga con frecuencia a acudir a fórmulas transitorias para garantizar el normal funcionamiento de las Corporaciones Locales), su adecuación al modelo aplicable en la Administración del Estado en cuanto se refiere a los procedimientos de cobertura, distinguiendo por primera vez entre el sistema normal o de concurso y el excepcional constituido por la libre designación, así como la urgencia de avanzar en el desarrollo del principio constitucional de autonomía local, atribuyendo a las Corporaciones facultades decisorias al respecto...”.

De esta manera, con el pretexto de la supuesta rigidez del concurso, se introduce este sistema por la puerta trasera, a través de una Ley de Presupuestos, y se consagra con la Ley 10/1993. Sin embargo, entre la Ley 31/1991 y la Ley 10/1993 existen diferencias que interesa poner de relieve. En este sentido, en la primera de las leyes se establecía de una manera genérica el sistema de libre designación para los puestos de nivel 30 de complemento de destino, vinculado al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad, aunque en función del volumen de población o presupuesto de las Entidades locales, mientras que en la Ley 10/1993 se sigue justificando en esos criterios la opción por la libre designación que, no obstante, se configura como un sistema excepcional, concretándose el criterio de población en los cien mil habitantes. De esta forma, se restringe la aplicación de la libre designación a los grandes municipios españoles y además, si se trata de puestos de intervención o de tesorería, la cuantía mínima del presupuesto ordinario de la Corporación debería de

ser superior a tres mil millones de pesetas. Otro aspecto que debe destacarse es que se especifica, frente al silencio de la Ley 31/1991, que a los funcionarios cesados se les garantizará un puesto de trabajo de su Subescala y Categoría en la Corporación y que además deberá figurar, como garantía adicional en la relación de puestos de trabajo, concretándose también que las bases de la convocatoria para cubrir estos puestos de libre designación serán aprobadas por el Pleno, conteniendo la denominación y requisitos indispensables para desempeñarlos, correspondiendo resolver la convocatoria al presidente, quien dará cuenta de ello al Pleno.

Por otra parte, la Ley 10/1993, de 21 de abril, en su Disposición Final primera atribuía a la Administración del Estado la facultad de dictar normas básicas complementarias para la provisión de estos puestos. Ello comportaba la necesaria acomodación de las normas contenidas en el Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, a las modificaciones introducidas por la Ley 10/1993 y, al propio tiempo, la armonización a aquellas otras del citado Real Decreto, dictadas en su momento en desarrollo de LRBRL y del TRRL, directamente relacionadas con la provisión de puestos de trabajo.

Al amparo de esta ley, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 731/1993, de 14 de mayo, de provisión de puestos de trabajo de la Administración Local reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional²⁷, que a su vez fue objeto de desarrollo en alguno de sus aspectos por la Orden Ministerial de 7 de julio de 1993. Esta última disposición dedicaba su art. 20 a la libre designación, indicando que la opción por este sistema, en los supuestos enunciados en el artículo 26.1 del Real Decreto 731/1993, corresponde al Pleno de la Corporación y requiere la modificación en tal sentido de la relación de puestos de trabajo, con arreglo a lo previsto en el artículo 126.4 del TRRL. Se exigía además que se diese cuenta a la Dirección General de la Función Pública de los acuerdos adoptados en el plazo de diez días.

²⁷ El art. 26 del R.D. 731/1993 disponía, siguiendo las previsiones establecidas en la Ley 10/1993, que excepcionalmente podían cubrirse por el sistema de libre designación, entre habilitados de carácter nacional de la Subescala y categoría correspondientes, en atención al marcado carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que hayan de asumir, los puestos a ellos reservados en Diputaciones provinciales, Cabildos y Consejos insulares, Ayuntamientos de capitales de Comunidad Autónoma o de provincia y de aquellos municipios con población superior a 100.000 habitantes, siempre que en la relación respectiva tengan asignado nivel 30 de complemento de destino. Por su parte, como ya estableciera la propia Disposición Adicional octava de la Ley 31/1991 para la provisión por libre designación de los puestos de intervención y de tesorería, además de los requisitos anteriores, la cuantía mínima del presupuesto vigente ordinario de la Corporación habrá de ser superior a 3.000.000.000 de pesetas.

2. La opción por el sistema de libre designación requiere la modificación previa en tal sentido de la correspondiente relación de puestos de trabajo, con arreglo a lo previsto en el artículo 126.4 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y comunicación a la Dirección General de la Función Pública”.

IV. LA IV ASAMBLEA PLENARIA DEL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE SECRETARIOS, INTERVENTORES Y TESOREROS: EL RECHAZO DEL COLECTIVO A ESTA FORMA DE PROVISIÓN

Precisamente fue la figura de la libre designación el tema estrella de entre los tratados en la IV Asamblea Plenaria del Consejo General Nacional de Colegios de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, celebrada en Valencia en el mes de marzo de 1992²⁸. En esta Asamblea el colectivo rechazó tajantemente la libre designación como forma de provisión de puestos reservados por considerarla incompatible con la necesaria imparcialidad que exige el ejercicio de las funciones reservadas, independencia que debe garantizarse con todo rigor mediante la utilización de sistemas objetivos de provisión de puestos de trabajo, ajenos a la discrecionalidad existente en la libre designación.

La preocupación de los funcionarios de habilitación nacional por la libre designación era una cuestión que venía de lejos, pues el propio colectivo sabía que más tarde o más temprano acabaría irrumpiendo en los puestos reservados. Así, en el año 1982, en las I Jornadas Nacionales de Administración Local ya se manifestó que la libre designación supondría un “grave riesgo de desviación respecto de los principios que inspira la Constitución en materia de Administración Pública y funcionarios”²⁹. En efecto, en la I Ponencia sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de habilitación nacional presentada en la IV Asamblea se puso de manifiesto que el verdadero problema radicaba en que el habilitado sabe en todo momento que si su forma de entender el cumplimiento del deber entra en conflicto con quien gobierna la Corporación, puede ser cesado en su puesto, señalando que lo que el político quería, en última instancia, con la utilización de este procedimiento de provisión, no es otra cosa que el funcionario forme equipo con el gobernante o, lo que es lo mismo, ser de la cuerda del gobernante de turno. De esta forma, los principios de profesionalidad, objetividad e independencia que han caracterizado a nuestros Cuerpos quedan relegados y menospreciados³⁰.

²⁸ Vid. Editorial de CUNAL, núm. 595, noviembre de 1992.

²⁹ Así lo expresó MARTÍNEZ BLANCO en la III Ponencia titulada “Los funcionarios de los Cuerpos Nacionales de Administración Local en la futura Ley de Régimen Local y en el Estatuto de la Función Pública”.

³⁰ Vid. Documento de la Primera Ponencia sobre provisión de puestos de trabajo de funcionarios de habilitación nacional, de la IV Asamblea Plenaria. Precisamente, se señaló que con la introducción de la libre designación se establecía una nueva situación caracterizada por las siguientes notas:

- a) El funcionario no gana su plaza por sus méritos, sino por la confianza que inspira a quien le nombra, al que debe el cargo y que espera de él la máxima colaboración.
- b) En la misma medida, el funcionario pierde la confianza de la oposición respecto de su objetividad.
- c) El funcionario se ha de sentir condicionado o, más aún, presionado en el ejercicio de la función.

Precisamente, entre las conclusiones aprobadas por la IV Asamblea plenaria de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, celebrada en Madrid el día 30 de marzo de 1992, figuraba la siguiente:

“Primero.- Se considera un grave error y un daño para la función que realizan los funcionarios de habilitación nacional, la implantación del sistema de libre designación, aunque lo sea con carácter excepcional, por lo que la asamblea expresa su total rechazo a esta modalidad, ya que supone una conculcación frontal de principios constitucionales, como el de legalidad (arts.14 y 23 de la CE). Se insta la inmediata derogación y su impugnación ante el Tribunal Constitucional por los medios directos o indirectos que correspondan. En ningún caso los nombramientos por libre designación deberán llevarse a cabo por las corporaciones locales a las que han de servir los funcionarios y menos aún por sus presidentes pues ello supondría una politización del cargo. Se pone de relieve que cualquier acto que aplique la libre designación será recurrido por este Colegio ante los Tribunales.

Segunda.- Se considera discriminatorio y humillante que a los funcionarios cesados se les garantice solamente un puesto de trabajo de su mismo grupo de titulación, con olvido del derecho al grado personal y al resto de retribuciones complementarias de los demás funcionarios. Lo que atañe otro motivo de inconstitucionalidad, con mantenimiento de las funciones necesarias de Secretaría, Intervención y Tesorería en esta situación”.

Como podemos ver, la respuesta del Consejo Nacional fue contundente y destacados integrantes de este colectivo criticaron esta reforma legal a través de su medio de difusión escrita, la Revista CUNAL.

Por su parte, en una ponencia desarrollada en el Seminario convocado por ASERLOCAL, sobre “Problemática actual en materia de personal en Corporaciones Locales”, los días 10 y 11 de mayo de 1993³¹ se señalaba lo siguiente:

“Realmente es difícil establecer una relación directa: “libre designación -autonomía local”. Podría incluso aceptarse que la designación fuera exclusivamente por la Entidad local; pero ¿el que sea “libre “ y sin sujeción a regla de juego alguna, es sinónimo de profundizar en la autonomía local? Depende, desde luego, de lo que se entiende por “autonomía”. Un primer argumento fácil sería: Si desarrolla la autonomía local ¿por qué se restringe a unas pocas entidades locales? ¿Es que las demás no son dignas de ese desarrollo en su autonomía?

d) El funcionario sabe en todo momento que si su forma de entender el cumplimiento del deber entra en conflicto con quien gobierna la Corporación puede ser cesado en su puesto

³¹ *Vid CUNAL*, núm. 581, de mayo del citado año.

Quizás conviniera dejar constancia aquí de lo que entiende el Tribunal Constitucional (Sentencia de 2 de febrero de 1981) respecto de la autonomía local:

— La autonomía hace referencia a un poder limitado; de aquí que el art. 137 de la Constitución la circunscriba a la gestión de sus respectivos intereses.

— Estos intereses hay que supeditarlos a otros predominantes: el mérito y capacidad para el acceso a la función pública han de primar según el art. 103.

— El principio de autonomía es compatible con el control de legalidad.

— La libre designación nada tiene que ver con la autonomía local. (...)”.

Pero fue en la citada IV Asamblea Plenaria donde se formalizó la oposición a una forma de provisión que atentaba a la necesaria independencia que debía guiar al Secretario o Interventor en su actuación profesional. En defensa del colectivo también se posicionaron destacados catedráticos y el principal partido de la oposición en aquel momento. No es superfluo reproducir las palabras formuladas por Alejandro Nieto, quien se preguntaba sobre los motivos del empeño por desacreditar a los Cuerpos Nacionales con medidas como la libre designación, que suponían en palabras del citado profesor “una agresión directamente dirigida contra estos Cuerpos”, argumentando que “para entender esta política oficial hay que enmarcarla dentro de la política general de desprofesionalización de la Administración pública”³²:

“...Parece asombroso lo que estoy diciendo. Si leemos las exposiciones de motivos de las leyes y los discursos de los políticos más granados, insisten en que se trata de profesionalizar la Administración pública. La realidad, sin embargo, tal como yo la veo, es muy distinta.

De veras, se está desprofesionalizando, puesto que ahora quienes administran no son funcionarios profesionales, sino políticos respetables por mil conceptos, pero que, desde luego, como administradores son —la palabra no es valorativa, me limito a constatar— son aficionados.

Y por lo mismo, estos políticos se rodean de funcionarios lo menos profesionalizados posibles, es decir funcionarios atraídos o llamados por su fidelidad, no por su profesionalidad. Y no se trata de esto.

Hay otro factor no menos importante, y es que si los funcionarios de los cuerpos nacionales tienen dos tareas: la de gestión y la de control, he aquí que forma parte de la política estatal general la eliminación de la tarea de control que, hasta ahora, contra viento y marea, están llevando estos funcionarios. No se quiere ningún control y por eso estamos estorbando todos y permítame que hable en primera persona del

³² Vid. *CUNAL*, núm. 569/570, p. 323 y ss.

plural. Y por si esto fuera poco, he aquí que han emergido nuevos grupos de presión de todo tipo que van desde la FEMP, tan meritoria por mil causas, a los Sindicatos. No hay una norma que afecte a la función pública que no esté negociada como bien saben, pero negociada por quien, por la Federación y por los Sindicatos, y en esta negociación entran y la aceptan, y la acogen y la fomentan el Ministerio, las Corporaciones, todos los poderes públicos, pero en esta negociación no se quiere a los Colegios en los que se refiere a normas de funcionarios con habilitación que en lo que se refieren a normas de funcionarios con habilitación de carácter nacional parecen los más legitimados. Hay que eliminarlos en lo posible, hay que eliminar en lo posible sus funciones, y eliminarlos a ellos, y si no se les puede eliminar, porque de momento están protegidos por una Ley, se les quiere domesticar. Y el mejor modo de domesticarlos son con medidas como esta disposición adicional...”.

Como se ha apuntado, durante la celebración de esta Asamblea destacados miembros del Partido Popular, en la oposición en aquellos momentos, defendieron a ultranza la necesidad de garantizar la independencia del colectivo, manifestando su total apoyo al Consejo General Nacional y anunciado un recurso de inconstitucionalidad contra la Disposición Adicional Octava. Precisamente, este grupo político siempre se había mostrado contrario a la utilización del procedimiento de libre designación como forma de provisión de puestos reservados a funcionarios de habilitación de carácter nacional, adoptando una postura claramente conservadora al respecto, por lo que sorprende que fuera un Ayuntamiento gobernado por el Partido Popular y por una destacada dirigente del mismo en aquellos momentos, el Ayuntamiento de Valencia, el primero que decidiera recurrir a este mecanismo de provisión de puestos de trabajo, aun cuando su propio partido había interpuesto sendos recursos de inconstitucionalidad contra la Ley que introducía la libre designación de los habilitados nacionales en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Del mismo modo, el Ayuntamiento de Madrid, igualmente gobernado por el Partido Popular, acudió tempranamente a la libre designación de funcionarios de habilitación de carácter nacional, lo que motivó las airadas protestas del Consejo Nacional y de su presidente, quien dirigió mediante escrito de 29 de mayo de 1996 al alcalde de Madrid una queja recordándole la posición mantenida por el Partido Popular, al que pertenecía el regidor, en relación con la libre designación de los funcionarios de habilitación de carácter nacional. Sin embargo, en el BOE de 29 de junio de 1993 aparecieron publicadas sendas convocatorias para cubrir mediante libre designación los puestos de la Secretaría General, Vicesecretaría y Secretarías de dos Distritos (I y III) del Ayuntamiento de Madrid, publicándose sus nombramientos en el BOE de 21 de agosto de 1993. Comienza a partir de este momento un enfrentamiento judicial entre el Colegio Nacional y el Gobierno, impugnando aquel no solo las disposiciones reglamentarias de desarrollo de la Ley 10/1993, sino las distintas

convocatorias que irían apareciendo publicadas en el BOE, aunque con escaso éxito judicial.

V. LA IMPUGNACIÓN DEL REAL DECRETO 731/1993 Y LOS PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES FAVORABLES AL SISTEMA

La oposición del Consejo Nacional de Colegios de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local al sistema de libre designación se articularía fundamentalmente en la impugnación en vía contencioso-administrativa de las disposiciones reglamentarias que se habían dictado en desarrollo de la Ley 10/1993, utilizando este procedimiento además para solicitar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Igualmente se impugnaron las distintas convocatorias de procesos de provisión de puestos reservados mediante libre designación que iban apareciendo en el BOE, estas últimas bajo el argumento fundamental de que el art. 99.2 de la LRBRL exigía argumentar justificadamente la excepción del sistema de concurso, omisión que determinaba la nulidad de la convocatoria. Además, se planteaba desde el Consejo General que en la convocatoria se debían determinar los requisitos indispensables para desempeñar estos puestos de trabajo, así como prever la correspondiente reserva para el caso de cese, tal y como exigía el citado precepto de la LRBRL.

Sin embargo, como decimos, los pronunciamientos judiciales no fueron favorables para el Consejo General, y así el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en sus Sentencias de 15 de febrero de 1995, y 16 de enero de 1997, y posteriormente la STSJ de Madrid de 20 de mayo de 1999, vendrían a desestimar los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las convocatorias, rechazando de plano, por ser una cuestión ya resuelta por el Tribunal Supremo, el pretendido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, reproduciendo los pronunciamientos contenidos en la STS de 3 de enero de 1993. Así, el FJ 4 de la STSJ de Madrid de 20 de mayo de 1999 concluía lo siguiente:

“Alega también la actora que el artículo 99.2 exige argumentar justificadamente la excepción del sistema de concurso, y que en la convocatoria deberá determinar en sus bases los requisitos indispensables para desempeñar los puestos de trabajo.

Sin embargo a pesar de estas afirmaciones, no es cierto que la norma exija esta justificación. Lo que señala es que excepcionalmente se podrá utilizar este sistema en lugar del normal de concurso, para cubrir los puestos reservados a los habilitados de carácter nacional que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo, y que excepcionalmente este sistema sólo podrá adoptarse en atención al carácter directi-

vo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman en los puestos que ocupen.

Respecto a los requisitos que deben exigirse en las convocatorias, consta en el expediente administrativo el cumplimiento por las Diputaciones de Huesca, Vitoria y Madrid de los requisitos exigidos de acuerdo con la normativa vigente, declarada constitucional como hemos señalado por la Sentencia del Tribunal Supremo citada.

Por último alegan los recurrentes la inexistencia de puestos de trabajo a que puedan ser destinados los funcionarios nombrados por libre designación, en el caso de que se prevea su cese, según se establece en el párrafo 3º del art. 99.2.

Frente a esto hay que señalar que la convocatoria o el extracto de convocatoria para la provisión por el sistema de libre designación de los puestos de trabajo de las Corporaciones Locales reservados a habilitados nacionales, no tiene obligación de contener o de prever las situaciones futuras en que se podrán encontrar los posibles funcionarios con habilitación nacional en el caso de que sean cesados. Como señala el Abogado del Estado hay que decir que los requisitos de la convocatoria, contenidos en el art. 27.1 del Real Decreto no contienen mención alguna sobre la necesidad de incluir tal mención”.

Quedaban de esta forma desmontados los argumentos sustentados por la representación letrada del Consejo Nacional, aunque bien es verdad que las cuestiones planteadas ya habían sido resueltas por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de enero de 1993. Realmente el Consejo Nacional hizo un esfuerzo en su demanda por argumentar, sobre todo, la inconstitucionalidad del sistema de libre designación a fin de hacer prosperar el planteamiento por el alto tribunal de una cuestión de inconstitucionalidad. En el tercer apartado de sus alegaciones el Consejo General expone las razones por las que, a su juicio, procede el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 99.2 de la LRBRL, en la redacción dada por la Ley 10/1993, que sirve de base a las normas reglamentarias impugnadas, aduciendo, a tal efecto, que carece de justificación la discriminación que esta Ley ha introducido en la redacción del citado precepto respecto de determinadas Corporaciones, permitiendo que en ellas los funcionarios con habilitación nacional sean nombrados y removidos libremente por la sola voluntad del presidente de la Corporación. En este sentido, consideraban los recurrentes que el carácter directivo de las funciones o la especial responsabilidad que asumen los habilitados es predicable a todas las Entidades locales, siendo precisamente la naturaleza de las mismas lo que justifica la reserva al Estado de su selección y de la regulación del sistema de provisión de puestos de trabajo, y lo que impide admitir que la objetividad, imparcialidad e independencia de estos funcionarios queden empañadas por la libre designación y remoción del funcionario. Por otra parte, entienden los recurrentes que tampoco el cese de estos funcio-

narios se revestía de las debidas garantías, pues la Ley se limita a señalar únicamente que a los funcionarios cesados en los mismos se les garantizará un puesto de trabajo de su subescala y categoría en la Corporación. Desde este punto de vista se produce un acceso a un segundo puesto de trabajo por un sistema ajeno al mérito y capacidad. Finalmente, los recurrentes hacen hincapié en que las especiales características de las funciones reservadas por la Ley a los funcionarios con habilitación nacional impiden la aplicación a estos del sistema de provisión basado exclusivamente en la confianza, pues en la Ley 30/1984 la libre designación queda limitada a los puestos de subdirector general, delegados y directores regionales o provinciales y secretarías de altos cargos (artículo 20.1, b), pero este sistema es incompatible con el acceso a puestos de trabajo a cuyos responsables el ordenamiento jurídico ha asignado funciones cuyo desempeño puede entrar en conflicto con el de las autoridades a quienes la misma Ley asigna ahora su libre nombramiento y remoción. Todas estas consideraciones llevan a la parte actora a solicitar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por entender que el artículo 99.2 de la LRBRL lesiona los artículos 14 y 23 de la Constitución. De este modo, las funciones asignadas a los funcionarios de habilitación nacional, vinculadas a la mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia, se veían gravemente comprometidas por la forma de acceso al puesto de trabajo y por la inestabilidad en el mismo. Así, aprecia el Consejo General que toda designación que se separe del mandato constitucional de selección atendiendo rigurosamente a los principios de mérito y capacidad, considerados objetivamente, y toda falta de seguridad en la estabilidad en el cargo, menoscababa esas necesarias garantías para el ejercicio de las funciones públicas encomendadas a estos funcionarios.

Ciertamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha caracterizado por otorgar un tratamiento favorable a la libre designación³³, señalando que esta forma de provisión no atenta al art. 23 de la CE, pues “sólo existe desigualdad cuando se produce discriminación y está desprovista de justificación objetiva y razonable, apreciable en relación con la razón de ser y efectos de la medida adoptada y no se aprecia desigualdad cuando la diferencia de trato venga impuesta por la capacitación técnica, siempre que, en una clara relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, sea adecuada a la naturaleza propia de las funciones a realizar se establezca con carácter general, lo que nos lleva a entender que cuando

³³ Efectivamente, el Tribunal Supremo (SSTS de 7 de mayo de 1993, 10 de abril de 2000 o de 12 de marzo de 2001, entre otras) ha puesto de manifiesto el carácter excepcional de la libre designación, el cual se aplica a la cobertura de determinados puestos de trabajo en atención a la naturaleza de sus funciones, debiendo concretar la relación de puestos de trabajo la especial responsabilidad y características de los puestos, debiéndose justificar en cualquier caso debidamente la concurrencia, en los puestos a cubrir por libre designación, de la especial responsabilidad que legitimaría su provisión por dicho sistema. De esta forma, será en la RPT de la Corporación en la que deba quedar plasmada la justificación referente a la singularidad y características de los puestos que determinen su forma de provisión, bien por concurso o libre designación.

las leyes aplicables y las disposiciones reguladoras de los cargos públicos, a los que expresamente se remite el art. 23.2 de la Constitución, requieren unos determinados títulos o situaciones administrativas, lo hace no para discriminar peyorativamente a los demás -que individual y concretamente pueden tener mayor cualificación en un caso determinado-, sino para que sirva de garantía, objetiva y abstractamente considerado el destino de cubrir, de una manera más selecta, eficiente y profesionalizada forma de servir el interés general (...). Para nuestro Tribunal Supremo la libre designación ha sido un sistema de provisión de puestos de trabajo de carácter excepcional pero cuya legalidad y constitucionalidad nunca se ha puesto en duda³⁴.

En esta línea, el Tribunal Supremo en el FJ 5º de la sentencia de 3 de enero de 1996 rechaza el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, referida a posible vulneración del art. 14 CE, indicando de entrada y de forma categórica que el “Tribunal Supremo no ha puesto en duda en ningún momento la constitucionalidad de dicho sistema, previsto en el artículo 20.1.b) y e) de la Ley 30/1.984, de 2 de agosto, y que por ser base del régimen estatutario de los funcionarios públicos es aplicable al personal de todas las Administraciones públicas, pudiendo citarse en este sentido, entre otras, las sentencias de 26 de mayo de 1.989, 26 de febrero de 1.992 y 29 de mayo de 1.995”; y argumenta que la Ley ha tenido en cuenta no sólo el carácter directivo de la función, sino también la especial responsabilidad, que entiende es más acentuada en las Corporaciones locales de mayor importancia administrativa o con población superior a cien mil habitantes o en las que además el presupuesto ordinario excede de tres mil millones de pesetas.

Por otra parte, por lo que respecta a la supuesta vulneración del art. 23 de la CE, la postura del Tribunal Supremo es claramente contraria a ese planteamiento de inconstitucionalidad, tomando como fundamento la doctrina sentada por el Tri-

³⁴ En todo caso, la doctrina del TS, en interpretación de los artículos 16, 19 y 20 de la Ley 30/1984 de Reforma de la Función, ha delimitado los siguientes elementos para el sistema de libre designación (STS de 30 de marzo de 2007):

- a) Tiene carácter excepcional, en la medida que completa el método normal de provisión que es el concurso.
- b) Se aplica a puestos determinados en atención a la naturaleza de sus funciones.
- c) Sólo entran en tal grupo los puestos directivos y de confianza que la ley relaciona (secretarías de altos cargos y los de especial responsabilidad).
- d) La objetivación de los puestos de esta última clase (especial responsabilidad) está incorporada a las relaciones de puestos de trabajo, que deberán incluir en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos.
- e) Del análisis del artículo 27.1 del RD 1732/1994 se infiere la existencia de una serie de requisitos tanto objetivos, determinados por la propia norma, como indeterminados, cual es el carácter directivo de sus funciones o la especial responsabilidad que han de asumir los puestos a cubrir por el sistema de libre designación. Dichas condiciones son diferenciables y el cumplimiento de unas condiciones objetivas, no implica su adecuación a las subjetivas que la propia Administración en la relación de puestos de trabajo debió establecer, pues lo viene a exigir tanto la normativa vigente como la doctrina de este Tribunal Supremo.

bunal Constitucional en su STC 192/1.991. De este modo, argumenta el Tribunal Supremo que el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos y los principios de mérito y capacidad no se proyectan con la misma intensidad cuando se trata de la provisión de puestos de trabajo, puesto que tales derechos y principios ya fueron respetados en el momento de acceso a la función pública, por lo que pueden tenerse en cuenta para la provisión de puestos otros criterios distintos a los anteriores en atención a una mayor eficacia en la organización de los servicios, doctrina esta que permite rechazar igualmente la objeción que en la demanda se hace a la garantía de un puesto de su Subescala y Categoría en la Corporación para el funcionario libremente cesado, que contienen tanto la Ley como el Reglamento³⁵. En efecto, para el Tribunal Supremo el principio de igualdad ya se les aplicó en el momento de su ingreso, y ahora, llegado el momento de la provisión de vacantes de especial responsabilidad y confianza, entiende que lo que debe primar es la aplicación del principio de eficacia hacia la organización y del principio de confianza hacia y con quienes la dirigen. Por tanto, en opinión del Alto Tribunal, la correcta aplicación de estos dos principios obliga a tener en cuenta una serie de criterios no siempre reductibles a una

³⁵ En el FJ. 4 de la STC 192/1991, se señala sienta la siguiente doctrina: “Enmarcado el problema en el ámbito del art. 23.2 de la CE., ningún reparo cabe oponer a la proyección del principio de igualdad no sólo en el momento del acceso a las funciones públicas, sino también a todo lo largo de la duración de la relación funcional o asimilada a estos efectos [entre otras, SSTC 15/1988, fundamento jurídico 2.º -con remisión a la STC 75/1983 y 47/1989, fundamento jurídico 2.º], siendo aplicable, por tanto, a los actos posteriores al acceso y, entre ellos, a los relativos a la propia provisión de puestos de trabajo.

Sin embargo, tampoco debe ignorarse la distinta consideración que, a estos efectos, merecen, de una parte, el acceso a la función pública y, de otra -dentro ya de la misma- el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, y, por consiguiente, el diferente rigor e intensidad con que en cada una de ellas operan los derechos y valores constitucionales como son el acceso en condiciones de igualdad (art. 23.2 C.E.) y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 C.E.), a las funciones públicas. Pues, en efecto, siendo el derecho del art. 23.2 C.E. un derecho de configuración legal, puede la Administración legítimamente dentro de los concursos para la provisión de vacantes o puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública (y por tanto, acreditado los requisitos de mérito y capacidad) tener en cuenta otros criterios distintos que no guarden relación con éstos, en atención, precisamente, a una mayor eficacia en la organización de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales. Tal es el caso aquí contemplado del denominado derecho de consorte que, dada la forma en que normativamente ha sido previsto, no puede estimarse que sea contrario al art. 23.2 C.E. -ni por tanto al art. 14 C.E.- ni menos aún que discrimine a la recurrente, que ni siquiera había concursado a la plaza.

La desigualdad que en orden a la provisión de vacantes mediante concurso introduce la norma cuestionada se apoya, en efecto, en un derecho específico que encuentra plena justificación y razonabilidad desde la consideración de otros bienes jurídicos, como es la familia, cuya protección social, económica y jurídica debe ser asegurada por los Poderes Públicos (art. 39.1 C.E.), lo que, entre otras manifestaciones, comporta el que éstos favorezcan, eliminando trabas, el cumplimiento del deber de convivencia al que se refiere el art. 68 del Código Civil. E incluso esa justificación y razonabilidad se aprecia, también, teniendo presente el propio mandato constitucional al que están sujetas las Administraciones Públicas de proceder con eficacia en la prestación de los servicios públicos (art. 103.1 C.E.), lo que legitima la adopción de aquellas medidas que tiendan precisamente a que el personal al servicio de las Administraciones Públicas se encuentre en las mejores condiciones para el desarrollo de la actividad propia de su cargo”.

pluralidad de méritos objetivamente cuantificables, pues los méritos se pueden medir, la capacidad, no siempre. Sin embargo, parece olvidar el Tribunal Supremo que, de aceptar esta argumentación, la función pública local podría degenerar en la politización o desprofesionalización de sus más cualificados funcionarios y, como afirma De La Morena, quedaría “sujeta su carrera a los favores y veleidades de los Políticos que libremente los nombren y libremente los cesen y a los vaivenes de su paso alternativo por el Gobierno o por la Oposición”³⁶.

Pero el argumento fuerte de la demanda también es rechazado de plano con una débil argumentación jurídica al indicar que “Tampoco se aprecia incompatibilidad entre el sistema de provisión de puestos mediante libre designación y las características de las funciones atribuidas por la Ley a los funcionarios con habilitación nacional, pues el artículo 20.1.b) de la Ley 30/1.984 no limita la libre designación a los puestos de subdirector general, delegados y directores regionales o provinciales y secretarías de altos cargos, como el actor deduce de una lectura incompleta del precepto, sino que la extiende también a aquellos otros cargos “de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo”. De esta forma, para el Tribunal Supremo la eventualidad de un conflicto entre el habilitado libremente designado con la autoridad que lo designó no puede impedir a aquel el cumplimiento de su deber, ni el hacerlo así debe determinar su cese, que incurriría en arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución.

Además, para el Tribunal el carácter directivo y las funciones de especial responsabilidad que se da en los funcionarios con habilitación de carácter nacional cuando sirven en Corporaciones Locales de especial importancia, ya por su censo de población, ya por la cuantía de sus presupuestos, legitima plenamente la restricción del sistema de libre designación sólo para determinados municipios, los de mayor entidad poblacional y presupuestaria. Sin embargo, no parece de recibo este argumento, pues es justamente lo contrario. En los pequeños municipios es donde la responsabilidad de los Secretarios-Interventores alcanza las máximas cotas, ya que en muchas ocasiones es el único funcionario cualificado del Ayuntamiento, y bajo su responsabilidad recae toda la administración municipal que, por otro lado, no puede ser compartida con políticos profesionalizados ni cuenta con el apoyo de otros funcionarios de la Corporación especialmente capacitados para las funciones de asesoramiento y de gestión. Por el contrario, en los grandes municipios, suele ser bastante habitual que los secretarios se limiten al ejercicio de sus funciones reservadas y no participen de la gestión ordinaria, que queda encomendada a funcionarios propios o directivos, bajo cuya responsabilidad se estructura la organización municipal.

³⁶ DE LA MORENA DE LA MORENA, L., “Selección de funcionarios y provisión de puestos de trabajo, según la jurisprudencia: desde la oposición libre a la libre designación, pasando por el concurso de méritos (II)”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 13, Quincena 15 - 29, Jul. 1999.

Finalmente, enlazando estos planteamientos con otro en el que se apoya el Tribunal Supremo, según el cual la libre designación se aviene más y mejor con el principio de autonomía local que el de la intervención directa del Estado y de las Comunidades Autónomas en tales materias, cabría preguntarnos, entonces, si esto es así, por qué limitar la aplicación de este sistema sólo a las grandes Corporaciones y no extenderlo, también, a las pequeñas. En todo caso, debemos posicionarnos desde una perspectiva crítica, ya que resulta sorprendente que se quiera justificar la opción por la libre designación en atención al carácter directivo de las funciones o a la especial responsabilidad que asumen determinados funcionarios de la habilitación nacional, en concreto los secretarios con nivel 30 que presten servicios en municipios de población superior a cien mil habitantes, o los de intervención de acuerdo con unas determinadas características, ya que se podría sostener sin ningún esfuerzo que la cifra de población no es el dato que avala el nivel directivo o de responsabilidad de un puesto de trabajo. Así se manifestó desde el propio Consejo General en las Conclusiones de la IV Asamblea plenaria a la que anteriormente hemos hecho referencia, e incluso podría sustentarse sin demasiado esfuerzo el criterio contrario ya que el habilitado de una pequeña población rural actúa verdaderamente como un directivo, en muchos casos el único directivo realmente existente en su Corporación, asumiendo una indudable especial responsabilidad, mientras que en una gran corporación normalmente existe una estructura organizativa mucho más compleja con funcionarios y técnicos que intervienen activamente en los respectivos expedientes, hasta el punto de limitar la actuación del Secretario al ejercicio de sus funciones reservadas, con poca o ninguna capacidad decisoria con relación a la gestión pública del ente en el que orgánicamente se integran. De esta forma, el nivel directivo es más evidente y palpable en una pequeña o mediana corporación, pues en ella la propia dinámica de la gestión municipal hace que el funcionario de habilitación estatal deba asumir un protagonismo directivo, que puede no darse en las grandes corporaciones³⁷.

VI. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA LIBRE DESIGNACIÓN EN LA ESCALA DE HABILITACIÓN NACIONAL

Desde su introducción en la función pública local, la Administración local ha abusado de los nombramientos a través del proceso de libre designación, lo que ha perjudicado a muchos funcionarios competentes al ignorarse sus méritos, y restándose independencia a los designados para el desarrollo de sus importantes funciones. Prácticamente todas las Corporaciones locales donde la norma les permitía acudir al procedimiento de libre designación lo han hecho, incluso extendiendo este me-

³⁷ Vid. *Gestión de Recursos Humanos en Grandes Corporaciones —Política y Gestión de Plantillas—*, FEMP, Madrid, 1991.

canismo de provisión excepcional para la provisión de puestos de colaboración (vicesecretarios, oficiales mayores, viceinterventores, etc.). El abuso de este sistema ha tenido unos efectos perversos en nuestras estructuras locales pues las Administraciones Locales han ido seleccionando este personal que asume la función del control de legalidad sin seguir los criterios de mérito y capacidad, para colocar a gentes afines a los partidos que las dirigen y en muchos casos carentes de la formación necesaria para ejercer los puestos correspondientes. Sin embargo, tras la reforma operada por la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, la libre designación se mantiene, al señalar el art. 92 bis de la LRBRL que “Excepcionalmente, los puestos de trabajo reservados a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional podrán cubrirse por el sistema de libre designación, en los municipios incluidos en el ámbito subjetivo definido en los artículos 111 y 135 del texto refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, así como las Diputaciones Provinciales, Áreas Metropolitanas, Cabildos y Consejos Insulares y las ciudades con estatuto de autonomía de Ceuta y Melilla, entre funcionarios de la subescala y categoría correspondiente. Cuando se trate de puestos de trabajo que tengan asignadas las funciones contenidas en el apartado 1.b) de este artículo, será precisa la autorización expresa del órgano competente de la Administración General del Estado en materia de Haciendas locales”.

Resulta llamativo ese interés del legislador por mantener este sistema de provisión cuando unos de los motivos que llevaron al conjunto de reformas operada en la Ley 7/1985, de 2 de abril, fue precisamente el elevado número de casos de corrupción, nepotismo e incumplimientos de las normas presupuestarias y de contratación administrativa, como se puso de manifiesto durante la tramitación parlamentaria de la Ley ³⁸, pues resultaba evidente que los controles internos y externos en la Administración local habían fallado. Sin lugar a dudas, la falta de independencia de los funcionarios con habilitación nacional nombrados por este procedimiento en las grandes corporaciones locales constituía uno de los problemas que la Ley quiso dejar de lado. En el texto legal se hicieron pocos cambios al respecto: se mantuvo la libre designación con lo que no se reforzaba en realidad la independencia de los secretarios e interventores en las grandes ciudades que pueden ser cesados en cualquier momento por la autoridad que los nombra y a quien controla; se trató de maquillar el sistema introduciendo la necesidad de un informe previo al cese de los interventores y tesoreros, pero sin concretar en qué consiste ese informe y cuál debe ser su contenido, y se deja al margen de este requisito, incomprensiblemente, a los secretarios de

³⁸ En este sentido UPyD presentaría una enmienda al proyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

ayuntamiento, cuando sobre ellos recae en la práctica todo el control de legalidad del municipio en temas claves como la contratación o el urbanismo.

Ya indicaba González-Haba Guisado que el dilema concurso-libre designación era una cuestión vivamente planteada, dilema de excepcional trascendencia para una buena vertebración de una función pública cimentada sobre la profesionalidad, en el que entran en colisión las reivindicaciones funcionariales que demandan la máxima pureza y transparencia en los nombramientos, y los deseos de los políticos que prefieren gozar de una maniobrabilidad creciente a la hora de determinar quienes ocupan los puestos funcionariales más importantes de la administración. Precisamente, el autor ya advertía en el año 1982 que “la expansión de la libre designación hasta extremos poco justificables provoca en los funcionarios un sentimiento natural de inseguridad e inquietud, y ello aunque se trate de amortiguar posibles excesos y arbitrariedades apelando a la convocatoria pública (...). Por tanto, nada positivo se logrará mientras que la libre designación no quede reducida a sus estrechos límites y no desborde los jalones que la acoten para supuestos solo cualificados y merecidamente justificados. Lo demás será introducir un factor de distorsión y desarreglo, contra el cual nada podrán otras medidas de saneamiento y mejora administrativa”³⁹

La libre designación ha supuesto la pérdida de la independencia funcional de estos funcionarios, que históricamente se han caracterizado por gozar de un conjunto de garantías tendente a proteger la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones reservadas. Se ha indicado, incluso, que con la libre designación se ha producido la transformación de estos funcionarios en una administración gubernativa, de apoyo a las políticas emprendidas por la mayoría de la Corporación⁴⁰. Lo cierto es que la regulación de la libre designación, en general, se aparta de la tan buscada profesionalización de la función directiva. De esta forma, aunque el Tribunal Constitucional no vio ninguna tacha de inconstitucionalidad en el sistema de libre designación diseñado en el art. 99 de la LRBRL, la realidad constata que dicho sistema conlleva irremediablemente determinados riesgos que atentan contra la propia esencia del modelo de habilitación nacional y que difícilmente pueden ser obviados: la politización del funcionario y su transformación en personal de confianza; la relajación de los controles; la paradoja de que el controlador pueda destituir en cualquier momento al titular del órgano encargado de su fiscalización con la consiguiente pérdida de la

³⁹ GONZALEZ-HABA GUIADO, J.M.; “La nueva normativa sobre la Función Pública y sus derivaciones en el ámbito local”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 231, 1986, p. 441-484.

⁴⁰ ORTEGA ALVAREZ, L., “La incidencia del desarrollo del Estado Autonómico sobre la concepción del sistema de la habilitación nacional”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 153. Septiembre-diciembre, 2000. p. 312.

independencia requerida para el ejercicio de las funciones reservadas y el menoscabo de la imparcialidad y objetividad de estos funcionarios.

Precisamente, Morell Ocaña con gran acierto expresó que “(...) lo grave es que la designación la lleva a cabo el alcalde, buscando a quien puede ser su colaborador inmediato; y ello se produce en un esquema en el que la política lleva inexorablemente a una contraposición entre la mayoría y la minoría; y entre una rama ejecutiva que no se concentra en el alcalde, sino que de la misma toma parte también el Pleno, que tiene competencias ejecutivas. Se hace, por consiguiente, a favor de una parte y no del todo, de quien está a un lado de la barricada política, teniendo enfrente a otros contrincantes”⁴¹. En efecto, la figura del secretario o la del interventor no debe vincularse a quien ostenta la presidencia de la Corporación, pues estos funcionarios proyectan su actuación sobre la Corporación considerada como institución, por lo que sería mucho más correcto que fuera el máximo órgano colegiado quien asumiera la decisión de designar a quienes van a ocupar los puestos con funciones reservadas. Piénsese que el secretario o el interventor no solo asesoran al presidente, sino también a los grupos de la oposición, y a la institución propiamente dicha.

En efecto, la introducción del sistema de libre designación para los puestos que legalmente tienen encomendada la fiscalización económico-presupuestaria y el control de legalidad supone la quiebra de todo el modelo de funciones públicas reservadas sobre el que se edifica la Escala de funcionarios con habilitación de carácter nacional. Hay que tener en cuenta que el modelo de la intervención local definido en la LRBRL y en el TRLRHL es una copia formal del modelo estatal de la Intervención General de la Administración del Estado, tanto en su definición como en los procedimientos habilitados, pero no en su estructura organizativa y funcional, que es sin lugar a dudas donde en la práctica se demuestra su capacidad de buen funcionamiento. Por el contrario, a mi juicio, la intervención de las Entidades Locales no ha demostrado la eficiencia del modelo estatal y basta analizar las resoluciones e informes del Tribunal de Cuentas para cargarnos de argumentos que justifican estas afirmaciones. Las causas podrían buscarse, y sin duda se hallarían, en la dependencia orgánica y económica de los órganos de gobierno locales a quienes se tiene que controlar la intervención municipal, en el aislamiento profesional y funcional, en la inexistencia de cauces de coordinación con el órgano externo del Tribunal de Cuentas, con otros órganos administrativos o con la esfera judicial, y en la falta de estándares mínimos de medios personales y materiales según los tamaños municipales, que quedan al arbitrio de los correspondientes alcaldes; a esto habría que añadir sin lugar a dudas la creciente politización al introducirse la “confianza política” en

⁴¹ MORELL OCANA, L., “Dirección de la Administración Pública...”, Op. Cit. p.57.

la provisión de puestos mediante la libre designación⁴². Y esto es particularmente grave en el ámbito local, donde existe una dificultad clara de deslinde de cuáles son los espacios reservados a la política y cuáles son los que competen a la administración, pues no es fácil establecer una línea divisoria entre ambas esferas, provocando una confusión de planos que incide negativamente en la gestión pública. Como bien apunta López Benítez, no parece conveniente que unos puestos de trabajo ligados a la defensa y tutela del interés público puedan ser provistos a través de un sistema que atribuyen a las Corporaciones Locales unos márgenes de discrecionalidad muy amplios a la hora de decidir quién cubre el puesto de secretario o interventor, o cuando hay que cesarlo⁴³.

Pero la libre designación y el libre cese, tal y como se regulan actualmente, determina que el habilitado estatal esté condicionado directamente a la vida de la autoridad política que lo nombró, convirtiéndose en una figura disfuncional al primar la confianza política sobre la profesional como criterio para el mantenimiento en el cargo del funcionario, sistema que tiene debilidades intrínsecas pues no se miden capacidades, sino afinidades políticas que llevan a que una persona nombrada discrecionalmente para un puesto puede ser también cesada discrecionalmente del mismo cuando se pierde esa afinidad.

En este sentido, el verdadero problema que genera la libre designación es la politización del funcionario con la consiguiente pérdida de la imparcialidad y objetividad, pues el funcionario libremente nombrado se debe a quien le ha nombrado y la amenaza permanente de cese opera como condicionante del ejercicio imparcial y neutral de sus funciones. De esta forma, la proximidad y la implicación de tales puestos con la línea de mando convierte a los habilitados estatales en funcionarios politizados⁴⁴, incluso algún sector doctrinal ha puesto de manifiesto que la práctica de la libre designación con convocatoria pública, que da apariencia de concurso, ha producido una suerte de *spoils system* entre funcionarios, lo que es paradójico si se tiene en cuenta la tendencia a la profesionalización de la función pública directiva. La libre designación conduce inexorablemente a la politización del funcionarios y

⁴² Urruticoechea Basozabal, E; “La frustrada y frustrante fiscalización económica local ante el tinglado inmobiliario”, ponencia presentada en el “Seminario Fiscalías de Medio Ambiente”, celebrado en el Centro de Formación Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente –CENEAM-, en Valsain, los días 24 y 25 de septiembre de 2004.

⁴³ LÓPEZ BENITEZ, M., “Autonomía e independencia funcional de los Funcionarios con Habilitación de Carácter Nacional en la nueva regulación establecida por la ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en FUENTETAJA PASTOR, J., (Dir.) *La Función Pública Local: Del Estatuto Básico a la Ley de Reforma Local de 2013*. Edit, Aranzadi, 2014. p. 151.

⁴⁴ Vid. GARCÍA MORGADO, H., “El alcance de los principios constitucionales de mérito y capacidad en sede de provisión, mediante libre designación de puestos asignados a funcionarios de carrera”, en *Revista el Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, núm. 3, 1995. p. 362.

esta politización es sumamente regresiva para la eficacia de la acción pública pues la alternancia de partidos en un régimen democrático implicará que cada nuevo gobierno que haya de formarse trate de sustituir a los funcionarios afines al gobierno anterior, y sobre todo a aquellos cuya función esencial es la de ejercitar los controles internos de legalidad y de fiscalización-económica. En todo caso, debemos considerar que es totalmente pernicioso para la gestión pública la traslación al aparato administrativo de la disciplina de partido, con lo que se correría el riesgo de que desapareciese la crítica interna generada dentro de la propia organización administrativa, que constituye una de las más estimables manifestaciones de las Administraciones públicas modernas constituidas por funcionarios profesionalizados⁴⁵.

Precisamente, en este sentido, Martínez Marín ha expresado con gran acierto que este sistema de provisión que trata de conjuntar la profesionalidad, como criterio determinante de la provisión, con la discrecionalidad política, imposibilita o, al menos, dificulta en rigor el control interno que los puestos de secretaría, intervención y tesorería han tenido y continúan reteniendo como una de las principales razones de su existencia, considerando que “desde el momento en que el presidente de la Corporación nombra o cesa libremente al habilitado, la función de cualquier control deja de tener consistencia en la medida en que la independencia es consustancial a la naturaleza del control”⁴⁶. No podemos olvidar que las presiones a las que están sometidos los funcionarios de habilitación de carácter nacional en el ejercicio diario de sus funciones determina que, en los supuestos de libre designación, la independencia y la objetividad requeridas para el adecuado desarrollo de sus funciones de control vayan diluyéndose hasta desaparecer en muchos casos, pues la amenaza siempre latente del cese pesa como una espada de Damocles sobre la cabeza de estos funcionarios.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La introducción de la libre designación en el ámbito de las funciones reservadas ha supuesto la pérdida de la independencia funcional de los secretarios, interventores y tesoreros de Administración local, algo incompatible a todas luces con los motivos que justifican el mantenimiento de esta singular Escala de funcionarios. Con la libre designación aparece la figura del secretario/interventor colaborador del político que, en cierto modo, desplaza sus tradicionales funciones de control para convertirse en un engranaje más en el diseño, desarrollo y ejecución de políticas públicas. Como señala López Benítez, los secretarios e interventores constituyen piezas esenciales del

⁴⁵ LÓPEZ PINTOR, R., “El sistema político”, en JUAREZ, M. (Dir), *V Informe Sociológico sobre la situación social en España*, Edit. Fundación FOESA, p. 565.

⁴⁶ MARTÍNEZ MARÍN, A. *Funcionarios Locales Con Habilitación: Pasado, Presente Y Futuro*, Edit. Tecnos, 1999. p. 154.

engranaje de la maquinaria administrativa municipal y provincial, al tiempo que resultan eficaces instrumentos de control interno de los actos y actuaciones de las Administraciones locales, funciones estrechamente compenetradas con la salvaguarda de los intereses públicos⁴⁷.

La libre designación en el ámbito de la habilitación estatal ha supuesto el ataque más grave a un sistema de función pública local articulado sobre la base de la necesaria imparcialidad de los funcionarios que ocupan los puestos más relevantes dentro de la Corporación; pues la objetividad y la imparcialidad del funcionario se configuran como los pilares sobre los que se sustenta el actual sistema de habilitación nacional, que se asienta en la garantía de manera generalizada en todas las Entidades locales del correcto desempeño y desenvolvimiento de cierto elenco de funciones que, por su trascendencia misma, rebasan el estricto interés local. La libre designación, en suma, conlleva la politización del funcionario y consecuentemente la pérdida de su imparcialidad, pues la amenaza constante del cese opera como un factor perturbador en el desempeño de sus funciones. La libre designación es un sistema que dificulta, cuando no impide, el rigor en el ejercicio de las funciones de control y fiscalización que tienen encomendadas estos funcionarios y se convierte en una amenaza a un modelo articulado precisamente para precisamente garantizar que quienes ejercen tales funciones no pudieran ser cesados por los políticos a quienes fiscalizan su actuación. Este principio, que tan claro vieron los administrativistas y los políticos de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, parece hoy verse cuestionado, porque es un modelo que no interesa a aquellos que detentan el poder político en nuestra Administración local. La libre designación desnaturaliza las funciones de control y pervierte todo el modelo de funciones públicas reservadas. Ahora bien, debemos reconocer que no faltan voces críticas al actual sistema de la libre designación, doctrinalmente es un sistema muy criticado, pero además desde algunos sectores políticos suele invocarse la necesidad de fortalecer el papel de los secretarios e interventores como mecanismos óptimos para poner freno a la corrupción y la libre designación constituye un obstáculo para este objetivo, pues esta forma de provisión determina que el habilitado estatal esté vinculado directamente a la vida de la autoridad política que lo nombró, convirtiéndose en una figura disfuncional al primar la confianza política sobre la profesional.

La generalización de la libre designación entre los funcionarios a los que legalmente se les encomienda las funciones de control de legalidad y fiscalización supone la pérdida de la independencia funcional de secretarios, interventores y tesoreros de

⁴⁷ LÓPEZ BENITEZ, M., “Autonomía e independencia funcional de los Funcionarios con Habilidad de Carácter Nacional en la nueva regulación establecida por la ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en FUENTETAJA PASTOR, J., (Dir.) *La Función Pública Local: Del Estatuto Básico a la Ley de Reforma Local de 2013*. Edit, Aranzadi, 2014. p. 121.

Administración local, algo a todas luces incompatible con los motivos que justifican el mantenimiento de esta singular escala funcionarial. Con la generalización de la libre designación, los secretarios e interventores se convierten en funcionarios colaboradores, que desplaza sus tradicionales funciones de control para convertirse en un engranaje más en el diseño, ejecución y desarrollo de funciones públicas. Si la objetividad e imparcialidad se configuran como los pilares sobre los que se sustenta el sistema de la habilitación nacional, la libre designación de estos funcionarios quiebra el modelo, politiza al funcionario y perturba el desempeño de sus funciones, pues la amenaza latente del cese dificulta, cuando no impide, el rigor en el ejercicio de control interno.

Sin embargo, pese a la amenaza que ha supuesto para el colectivo de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, la generalización de este mecanismo de provisión en las grandes Corporaciones locales por los motivos expuestos anteriormente, la libre designación no fue cuestionada durante el debate parlamentario de la Ley de Medidas de racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Ha tenido que ser la jurisprudencia la que ha ido “re-cortando” la amplia discrecionalidad que deja en manos de la Administración la redacción del art. 92 bis de la LRBRL. Así, la STS de 19 de septiembre de 2019 (Sala 3ª, Sección 4ª, recurso de casación 2740/2017), incide en la necesidad de una motivación adecuada en las resoluciones que ponen fin a estos procedimientos de libre designación estableciendo la necesidad de justificar las razones, los criterios esenciales o fundamentales, por los que ha sido preferido un candidato frente a otros, razones reconducibles a mérito y capacidad. Para tal fin deben identificarse los méritos considerados como prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento. Esa garantía de motivación se extiende también al cese del funcionario que fue nombrado por el procedimiento de libre designación, señalando que “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”. En este sentido, si bien es cierto que la razón o razones del cese no serán enjuiciables en lo que tiene de libre apreciación, es exigible que se expliciten, “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”. Sentencias como la que acabamos de referir, evidencian la necesidad de replantear la adecuación a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad de una fórmula de provisión deficientemente regulada y a todas luces incompatible con las funciones encomendadas a los funcionarios de la Escala de habilitación de carácter nacional.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ RICO M., y GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V. *Administración y Función Pública en España*, 2ª Edición, Edit. Dykinson, 1998.

ARROYO YANES, L.M., “Las técnicas de provisión de los puestos de trabajo en la función pública local”, en CASTILLO BLANCO, F (coord.) et al. *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Edit. Comares, 1998.

BEATO ESPEJO, M.: “La libre designación a la luz de la doctrina jurisprudencial: garantía jurídicas”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 3, 1984.

BOIX REIG V., *Régimen Jurídico de la organización municipal. Estatutos del Concejal y del Funcionario*, 1ª Edición, Edit. TRIVIUM, 1991.

DE LA MORENA DE LA MORENA, L., “Selección de funcionarios y provisión de puestos de trabajo, según la jurisprudencia: desde la oposición libre a la libre designación, pasando por el concurso de méritos (II)”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 13, Quincena 15 - 29 Jul. 1999.

GARCÍA MORGADO, H., “El alcance de los principios constitucionales de mérito y capacidad en sede de provisión, mediante libre designación de puestos asignados a funcionarios de carrera”, en *Revista el Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, núm. 3, 1995.

GARRIDO FALLA, F.; *Reformas de la Función Pública*, Edit. TECNOS, Madrid, 1985.

GONZALEZ-HABA GUIADO, J.M.; “La nueva normativa sobre la Función Pública y sus derivaciones en el ámbito local”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 231, 1986.

JIMÉNEZ ASENSIO, R.; “Libre designación y funcionarios con habilitación nacional (Algunas reflexiones <<colaterales>>, tomando como excusa la STC 235/2000, de 5 de octubre, sobre el sistema de provisión de puestos denominado <<libre designación>>”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16/2000, Edit. ARANZADI, S.A., 2000.

JIMÉNEZ ASENSIO, R.; *Altos Cargos y Directivos Públicos. Un estudio sobre las relaciones entre la política y la administración en España*, 2ª Edición, IVAP, Oñate, 1998.

LÓPEZ BENITEZ, M., “Autonomía e independencia funcional de los Funcionarios con Habilitación de Carácter Nacional en la nueva regulación establecida por la ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en FUENTETAJA PASTOR, J., (Dir.) *La Función Pública Local: Del Estatuto Básico a la Ley de Reforma Local de 2013*. Edit, Aranzadi, 2014.

LORENZO DE MEMBIELA, J.B.; *El Acceso y la Provisión de Puestos de Trabajo en la Administración Pública. Manual Práctico de Función Pública*. Edit. THOMSON-ARANZADI, 2005.

MARTÍNEZ MARÍN, A., *Funcionarios Locales Con Habilitación: Pasado, Presente Y Futuro*, Edit. Tecnos, 1999.

MORELL OCAÑA, L., “Dirección de la Administración Pública por el Gobierno y garantías de imparcialidad administrativa”, en *R.A.P.* núm. 156. Septiembre-Noviembre 2001.

MORELL OCAÑA, L.; “Tratamiento jurisprudencial de la provisión de puestos de trabajo para Funcionarios con Habilitación estatal”, en *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, núm. extraordinario, julio 1997.

MORREL OCAÑA, M.; *El sistema de confianza política en la Administración Pública*, Edit. Civitas, Madrid, 1994.

ORTEGA ALVAREZ, L., “La incidencia del desarrollo del Estado Autonomico sobre la concepción del sistema de la habilitación nacional”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 153. Septiembre-diciembre, 2000.

PAREJO ALFONSO, L.; “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, en *Documentación Administrativa*, núm. 218-219, abril-septiembre de 1989.

PÉREZ LUQUE, A.; *Provisión y pérdida de los puestos de trabajo de las Corporaciones Locales*, Edit. La Ley Actualidad S.A., 2005.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, 13ª edición, Madrid, 2020.

SÁNCHEZ MORÓN, M., “«Libre» designación y «libre» cese en la función pública: los límites de la discrecionalidad”, en *Revista de Administración Pública*, 211, 2020.

URRUTICOECHEA BASOZABAL, F.; “La frustrada y frustrante fiscalización económica local ante el tinglado inmobiliario”, ponencia presentada en el “Seminario Fiscalías de Medio Ambiente”, celebrado en el Centro de Formación Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente –CENEAM-, en Valsain, los días 24 y 25 de septiembre de 2004.

El *ius aedificandi* vinculado a los usos agrícolas y ganaderos en el campo andaluz

The *ius aedificandi* linked to agricultural practices and stockbreeding in the andalusian countryside

Ginés Romero Jiménez *

Doctor en Derecho y Arquitecto Técnico

Técnico de urbanismo

Excelentísima Diputación Provincial de Almería

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO RECTOR URBANÍSTICO EN EL CAMPO ANDALUZ. 1. Introducción. 2. El principio rector urbanístico en el campo. Elementos estructurales. A. Configuración legal. B. Base *ius-naturalista*. C. Legislación básica estatal. D. Vinculante para el legislador autonómico o local. E. Relaciona facultades inherentes al derecho de propiedad. F. Limitaciones y sujeción al cumplimiento de otros principios. II. PARÁMETROS QUE INTERVIENEN EN LA VINCULACIÓN DEL *IUS AEDIFICANDI* CON LOS USOS AGRÍCOLAS Y GANADEROS EN EL CAMPO ANDALUZ. 1. El tiempo. 2. Las presunciones respecto al uso natural efectivo. 3. Las garantías de anudamiento entre el uso natural y la ECI vinculada. 4. Modalidades en el desarrollo de los usos naturales. 5. El ámbito territorial considerado. 6. Proporcionalidad. 7. Innovaciones tecnológicas en el desarrollo de actividades agroganaderas. A. Respecto a los usos agrícolas. B. Respecto a los usos ganaderos. III. EL PRINCIPIO RECTOR URBANÍSTICO EN EL CAMPO DE ANDALUCÍA. CONFIGURACIÓN EN LA LEY 7/2002, DE 17 DE DICIEMBRE Y EN EL PROYECTO DE LEY DE IMPULSO PARA LA SOSTENIBILIDAD DEL TERRITORIO DE ANDALUCÍA. 1. La configuración del PRUC en la LOUA. 2. La configuración del PRUC en la LISTA. A. Ampliación del elenco de actuaciones ordinarias. IV. CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA. ABREVIATURAS UTILIZADAS.

* <https://orcid.org/0000-0001-7913-8763>

Recibido: 2-10-2021

Aceptado: 4-11-2021

RESUMEN: En este artículo se analiza el derecho que tienen los propietarios del suelo rústico en la región de Andalucía de usar sus terrenos para el desarrollo de la agricultura y la ganadería y las limitaciones para materializar edificaciones, construcciones o instalaciones vinculadas a esos usos naturales que se establecen en las normas sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Se aborda la cuestión partiendo del principio rector urbanístico que permite la utilización del suelo rústico, del campo, de conformidad con la naturaleza del terreno y la incidencia que sobre ese principio tienen las nuevas formas o modalidades en el desarrollo de esos usos por efecto de la modernización y el progreso tecnológico.

PALABRAS CLAVE: urbanismo, derecho a edificar, agricultura, ganadería, suelo rústico.

ABSTRACT: In this article it is analysed the right that the owners of rural land in Andalusian's region have to use their land for the development of the agriculture practice and stockbreeding and the limitations to build, construct or set up facilities linked to these natural uses that are defined in town and country planning regulations. The issue is addressed from the urban guiding principle that allows the use of rural land, countryside, and the impact that on such principle have the new forms and methods in the development of such uses as a result of the modernisation and the technical progress.

KEYWORDS: Urban planning, right to build, agriculture, livestock farming, rural land.

I. EL PRINCIPIO RECTOR URBANÍSTICO EN EL CAMPO ANDALUZ¹

1. Introducción

La legislación urbanística española, desde sus inicios como una disciplina interventora de las facultades dominicales, no pretendió establecer una intervención intensa en relación con el *ius aedificandi* vinculado o relacionado con los usos naturales en el suelo rústico o suelo no urbanizable. La Ley de 12 de mayo de 1956, sobre régimen del suelo y ordenación urbana (en adelante LS56) se limitó a establecer dos limitaciones relevantes: impedir la realización de actos que conllevarán la transformación del uso natural agrícola, ganadero, forestal, ... y la segunda, prohibir la edificación de viviendas en lugares en los que pudiera darse el peligro de formación de

¹ El contenido de este artículo sintetiza epígrafes de mi tesis doctoral titulada «El derecho a los aprovechamientos agrícolas y ganaderos en el suelo no urbanizable de Andalucía: limitaciones urbanísticas al *ius aedificandi*», leída en la Universidad de Granada el 20 de enero de 2021 y desarrollada bajo la dirección del Profesor Doctor Estanislao Arana García, Catedrático de Derecho Administrativo de esa Universidad. Disponible en: [<https://digibug.ugr.es/handle/10481/66394>].

núcleo de población. Permitió en el suelo rústico la materialización del *ius aedificandi* relacionado con el uso natural (*ius aedificandi* necesario, vinculado, accesorio al desarrollo del uso natural). Se establece así en el urbanismo español un principio básico en el establecimiento del régimen urbanístico del suelo rústico (una clase de suelo al que podemos referirnos con el vocablo «campo») que garantiza que no se produzca, como dijo el legislador de la LS56, una intervención o interferencia desde la ciencia urbanística en las prerrogativas rurales del campo². Es de interés para el desarrollo de este artículo concretar este principio y nombrarlo puesto que se recurrirá a él con frecuencia. Se denominará en adelante «principio rector urbanístico en el campo» o también, de manera abreviada, «principio rector» o «PRUC».

Hasta la aprobación de la LS56 el Estado no había establecido ninguna limitación que incidiera directamente en el *ius aedificandi* de los propietarios de terrenos rústicos. Es cierto que con anterioridad a su aprobación y al amparo de una difusa e incipiente función social del derecho de propiedad se aprobaron leyes con incidencia en el suelo rústico, pero lo hacían regulando el *ius usus* (por ejemplo para evitar la infrutilización de las tierras cultivables) o el *ius disponendi* (restringiendo la libertad del propietario en los actos de utilización del suelo o de disposición de la propiedad en el momento de enajenar, dividir o agrupar)³. Con estos antecedentes legislativos se puede afirmar que con el nacimiento de la LS56 se positiviza por primera vez el principio rector del *ius aedificandi* en ese ámbito territorial, en el campo, en el suelo rústico, en el suelo no urbanizable. Este principio rector ha mantenido su estructura, con variaciones irrelevantes, en las leyes del suelo aprobadas con posterioridad⁴.

2. El principio rector urbanístico en el campo. Elementos estructurales

Previamente a exponer los parámetros que intervienen en la vinculación del *ius aedificandi* con los usos agrícolas y ganaderos en el campo es necesario destacar los

² Dictamen de la comisión de Gobernación sobre el proyecto de ley relativo al régimen del suelo que tuvo lugar en la sesión de las Cortes Españolas de 8 de mayo de 1956 (Boletín Oficial de las Cortes Españolas; sesión del día 8 de mayo de 1956, núm. 529; pág.10577).

³ Por ejemplo, en las siguientes leyes:

-Ley de 17 de julio de 1945: Fuero de los Españoles. Ley de 3 de diciembre de 1953, sobre declaración de fincas manifiestamente mejorables. Ley de 15 de julio de 1954, sobre fijación de unidades mínimas de cultivo. Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa. Ley de 20 de julio de 1955, sobre conservación y mejora de suelos agrícolas.

⁴ Art. 85 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Art. 15 y 16 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Art. 20 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones. Art. 13 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo. Art. 13 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana

siguientes elementos estructurales de este principio rector: es de configuración legal; es eminentemente iusnaturalista; pertenece a la legislación básica estatal; es vinculante para el legislador autonómico o local; establece implícitamente el mecanismo relacional entre facultades inherentes al derecho de propiedad; tiene sus propias limitaciones y está condicionado al cumplimiento de otros principios. Se desarrollan a continuación:

A. Configuración legal

No aparece publicado en una norma jerárquicamente superior a la ley; su contenido no está regulado en la Constitución Española ni en Tratado Internacional vinculante. Admite por tanto un contenido coherente con la concreta política urbanística emanada de los poderes públicos competentes⁵. Para el Tribunal Constitucional no existen contenidos implícitos en el derecho de propiedad que no puedan configurarse, delimitarse, matizarse, modularse en su ejercicio por la función social, aunque siempre con la previsión del respeto debido al contenido esencial constitucionalmente garantizado⁶. Su vigencia emana de la concepción estatutaria del derecho de propiedad y de la concreta clasificación del territorio como suelo rústico o suelo no urbanizable destinado, por voluntad del legislador, al desarrollo de usos naturales y a la prohibición de acometer transformaciones de carácter urbanísticas o dirigidas a crear ciudad.

⁵ Algunos autores defienden una flexibilización de este principio: «Hasta hace poco tiempo, sobre el espacio rural se había desarrollado casi en exclusiva la función agraria. En cambio, hoy la agricultura ha dejado de ser la actividad principal para gran parte de la población rural, porque se está produciendo una auténtica renovación funcional que desaconseja la identificación absoluta entre suelo rústico y actividad agraria. Más bien hay que considerar el campo de forma integral, como “mundo rural” que engloba lo social, lo cultural y lo personal y no como un “mundo agrícola” que se limita solamente a uno de los medios de producción económica» GUTIERREZ COLOMINA, V., “Régimen del suelo no urbanizable. Las actuaciones de interés público”, en SÁNCHEZ GOYANES, E. et al. *Derecho urbanístico de Andalucía*. 2ª ed. Madrid: La Ley, 2006, pág. 225.

⁶ La función social de estos derechos delimitará su contenido; así lo indica el art. 33 de la CE. El TC no ha indicado en ninguno de sus pronunciamientos cual es el repertorio de contenidos identificables en el derecho de propiedad que puedan ser objeto de delimitación por esa función social (usar, disfrutar, consumir, disponer, imposición de deberes positivos....) y, en su caso, cuáles de esos contenidos quedarían excluidos. En la STC 61/1997, de 20 de marzo, dictada con motivo del recurso promovido contra determinados artículos de la Ley 8/1990, de 25 julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo se indica que la facultad de disposición es uno de los contenidos que sí puede delimitarse por efecto de la función social (Fj. 16^o). En la STC 37/1987 se estima constitucional la restricción de facultades de decisión del propietario con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fundos rústicos o la imposición de deberes de explotación o mejora, aunque matiza que siempre con el aseguramiento de la rentabilidad del propietario o de la empresa agraria (Fj. 2^o). En esa misma sentencia se argumenta que los efectos de la función social sobre el derecho de propiedad no pueden verse limitados por efecto de la libertad de empresa, en este caso de la empresa agraria, reconocida en el artículo 38 CE. La limitación temporal de aprovechamientos privativos de aguas públicas, incluso alterando el plazo legal preexistente, también es una medida ampara por la función social que no atenta al contenido esencial (STC 227/1988; FJ. 11^o).

B. Base iusnaturalista

La clasificación como suelo no urbanizable otorgada legalmente por el legislador competente es el presupuesto que debe concurrir para que el PRUC despliegue todos sus efectos⁷. Como quiera que la condición natural de los terrenos y la voluntad del legislador para que continúen teniendo esa condición es precisamente el hecho que fundamenta la asignación de esa clasificación urbanística del suelo a través del planeamiento, entonces el desarrollo del PRUC por los legisladores urbanísticos competentes, así como el grado de intervención (las limitaciones o las prohibiciones) debe realizarse siempre atendiendo a los dictados de la naturaleza; atendiendo a los hechos y realidades que concurren en el suelo y siempre sometidos a los principios *iusnaturalistas*⁸. Esto implica que la intervención de los poderes públicos dictando el contenido de las normas reguladoras del *ius aedificandi* debe ser una intervención proporcionada a la finalidad deseada. La regulación debe tener la intensidad precisa que permita que se utilice de manera natural el suelo y puedan desarrollarse por el hombre, por el propietario del suelo rústico, los usos que socialmente se admiten como naturales⁹. Un reconocimiento expreso del carácter *iusnaturalista* del principio rector lo podemos encontrar en el artículo 8 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo cuando considera a las instalaciones y construcciones (que pertenecen al *ius aedificandi*) incluidas en el derecho de propiedad del suelo natural. Aquí el Derecho positivo ya ha legislado al amparo de la función social de la propiedad cuando destina un ámbito territorial a

⁷ En el actual Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, el suelo destinado a usos naturales se encuentra en la denominada «situación básica de suelo rural»: art. 21.2.a: «Está en la situación de suelo rural: a) En todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística».

⁸ «...cualquier uso que suponga algo más que la utilización natural del predio es algo otorgado ex novo por el plan, y como tal escapa al contenido ordinario de la propiedad del suelo no urbanizable.». LÓPEZ BENÍTEZ, M., y PIZARRO NEVADO, R., en *Derecho urbanístico de Andalucía*. ARANA GARCÍA, E. et al. . Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pág. 201.

⁹ Sin embargo la concreta política urbanística implementada por los poderes públicos no siempre se ha guiado por considerar que los terrenos en estado natural debían clasificarse como suelo no urbanizable. Así sucedió durante unos años en España mientras estuvo en vigor la reforma operada por el Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes sobre el artículo 9 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones al suprimir la condición de que los terrenos se considerasen inadecuados para un desarrollo urbano como una de las que obligaba a clasificar el suelo como no urbanizable. Con esta modificación, los terrenos naturales que no gozarán de una especial protección constituían el suelo urbanizable y podían destinarse a la creación de la ciudad. Este modelo estuvo vigente desde el 25/6/2000, que entró en vigor el RDL 4/2000, hasta el 1/7/2007, fecha en que entró en vigor la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo derogando la Ley 6/1998.

conservar o permanecer en el estado natural que tenía desde su existencia. Y una vez establecido ese destino por las leyes de los hombres deben observarse las leyes de la naturaleza y disciplinar u ordenar lo natural de manera flexible o reconociendo que la norma escrita no puede tener un efecto taumatúrgico sobre el suelo natural y no podrá interrumpir ni ralentizar ni modificar los procesos naturales que pueden conllevar un cambio en las características edafológicas de la tierra y consecuentemente en las especies vegetales o animales aptas para criarse allí. Ese cambio producido de manera natural puede ser origen de una mutación de la naturaleza (como conjunto de características) de un suelo que a su vez ocasione que los rendimientos naturales que se obtenían de ese suelo dejen de ser rentables o simplemente sea imposible obtenerlos, apareciendo entonces la necesidad del cambio de uso. Estos cambios, naturales, no pueden limitarse o prohibirse por el Derecho positivo.

C. Legislación básica estatal

El principio rector integra las condiciones básicas que garantizan el ejercicio en condiciones de igualdad el derecho de propiedad y por tanto su contenido es conforme con el artículo 149.1 de la Constitución. La competencia es exclusiva del Estado. Así se indica en la STC 61/1997, de 20 de marzo, en el análisis de la posible inconstitucionalidad del artículo 15 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana: «El art. 15 se limita a sentar el criterio general según el cual el suelo no urbanizable o categoría equivalente en la legislación autonómica no podrá ser destinado a fines distintos que los naturales o conformes con la naturaleza, de acuerdo con la respectiva legislación sectorial que sea de aplicación o, en términos negativos, declara prohibido todo uso constructivo o edificatorio en suelo no urbanizable. Así formulado, el art. 15 está delimitando, por vía negativa, el ámbito o alcance de la propiedad urbana que, en consecuencia, queda excluida en el suelo no urbanizable, salvo en los supuestos excepcionales del art. 16. La regla sentada por el art. 15 no desborda, en conclusión, las condiciones básicas que garanticen el ejercicio en condiciones de igualdad del derecho de propiedad urbana de todos los españoles y, por tanto, encuentra cobertura en el art. 149.1.1º C.E., si se tiene en cuenta que no determina un concreto régimen positivo de usos en esta clase de suelos, sino que se remite a lo que disponga la legislación sectorial correspondiente, sea estatal o autonómica, y que será la que discipline el uso agrario, forestal, ganadero, cinegético, etc., del suelo no urbanizable o rústico en sentido amplio. La prohibición de edificar en suelo no urbanizable -o categoría análoga según la legislación autonómica- encaja, pues, dentro de las condiciones básicas de la propiedad urbana. En otras palabras, desde una interpretación sistemática, debe entenderse el art. 15 T.R.L.S. como una prohibición general de usos edificatorios -con la consecuente imposibilidad de adquirir propiedad urbana fuera de los terrenos previstos por los poderes públicos compe-

tentes-. No es un precepto, pues, que condicione las diversas competencias sectoriales autonómicas susceptibles de incidir sobre ese territorio y al que, desde una óptica estrictamente urbanística, el T.R.L.S. califica de suelo no urbanizable».

D. Vinculante para el legislador autonómico o local

Efectivamente, el principio rector vincula al legislador autonómico o local por tener la condición de legislación básica. En el texto reproducido anteriormente extraído de la STC 61/1997, de 20 de marzo ya dice el Alto Tribunal que la legislación autonómica podrá en uso de sus competencias sectoriales disciplinar el uso agrario, forestal, ganadero, cinegético, etc, del suelo no urbanizable o rústico en sentido amplio, toda vez que la regulación de esos usos específicos no quedan incluidos dentro de las materias de competencia exclusiva estatal. No obstante la competencia autonómica para la regulación de las normas sectoriales específicas de cada actividad o uso natural no puede ejercerse de manera tan intensa que pudiera interferir con el principio rector. Aparece así el carácter vinculante y limitador de ese principio respecto a la legislación autonómica urbanística. Esta vigencia del principio rector operará frente a las normas autonómicas con rango de ley y con mayor motivo frente a las normas de carácter reglamentario que también pueden, como ya fijó el Tribunal Constitucional, regular el derecho de propiedad constitucionalmente en desarrollo de leyes sustantivas¹⁰. De aquí se deriva también la vigencia y la necesaria observación del principio rector por los órganos competentes de las entidades locales a la hora de aprobar reglamentos que incidan en la regulación del *ius aedificandi* natural; cosa que sucede normalmente a través de las ordenanzas reguladoras del campo, del suelo no urbanizable, incluidas como texto articulado en los planes urbanísticos y cuya formulación compete a las entidades locales.

E. Relaciona facultades inherentes al derecho de propiedad

El PRUC no incide directamente en la facultad de edificar del propietario del campo (*ius aedificandi* natural) sino sobre la facultad de uso del suelo (*ius usus*)¹¹. Es-

¹⁰ STC37/1987, de 26 de marzo, Fj. 3º: «Resulta, sin embargo, evidente que el art. 33.2 de la propia Constitución flexibiliza la reserva de Ley en lo que concierne a la delimitación del contenido de la propiedad privada en virtud de su función social, que debe ciertamente regularse por la Ley, pero también por la Administración «de acuerdo con las Leyes» cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria de aquélla. Prohíbe esta concreta reserva de Ley toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes o extra legem, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos, remisión inexcusable, por lo demás, cuando, como es el caso arquetípico de la propiedad inmobiliaria, las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localización lo hacen susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios y que, como regla general, sólo por vía reglamentaria pueden establecerse».

¹¹ «De manera que el artículo 33 CE, integrado en la disciplina constitucional, legítima al legislador ordinario para que determine la graduación del aprovechamiento del propietario (así del suelo urbano

tablece los usos que pueden desarrollarse: todos aquellos que tengan la condición de naturales o que se desarrollen de conformidad con la naturaleza de los terrenos. Y establece una vinculación o anudamiento del *ius aedificandi* al *ius usus*, de manera que exista una clara sintonía entre ambas facultades. El principio rector establece ese mecanismo relacional entre las dos facultades de manera que considera el uso como la cosa principal y a la facultad de edificar como la cosa accesoria al uso¹². Sobre la facultad de edificar el PRUC no pretende incorporar determinaciones novedosas desligadas del uso, sino que se limita a modo de recordatorio a establecer la relación o vínculo principal-accesorio entre ambas facultades. El aforismo latino «*accessorium sequitur principale*» con los efectos que despliega en el mundo jurídico impregna este mecanismo relacional entre la facultad del uso y la facultad de edificar¹³. La comprensión de este mecanismo es trascendental en el régimen autorizatorio puesto que conlleva un mandato al legislador en el sentido de que no cabe autorizar la cosa principal y prohibir la accesoria, o viceversa, prohibir la principal y autorizar la accesoria. Así, y para finalizar, este mecanismo relacional obliga a que el proceso administrativo necesario para comprobar si procede autorizar una edificación vin-

o agrario). Delimitará, por consiguiente, en virtud de su función social (esto es, en aras de la mejor participación económica de todos los ciudadanos en el bien suelo) el alcance y la amplitud del *ius aedificandi* y de la explotación de los cultivos, o, en otros términos de la facultad de goce atribuida al dominus. De lo que no puede disponer el legislador es de su existencia. Quedaría entonces desnaturalizado el derecho de propiedad que ha de contar siempre con el poder (funcional) de explotación. Desaparecería, en efecto, el fin o sentido para el que se otorga el derecho en cuestión: el aprovechamiento económico (goce o disfrute) que dimana de la utilización del bien sin necesidad de intermediarios. Y es que la potestad de goce se identifica precisamente con la finalidad del derecho: *ius aedificandi* en la propiedad urbana o facultad de explotación de cultivos, en la agraria». «A la esencia de la propiedad del suelo no pertenecen ex artículo 33.2 CE, ni el *ius aedificandi*, ni la facultad de cultivar o el aprovechamiento forestal, sino tan sólo un genérico e incoloro aprovechamiento económico del bien. Sin embargo, desde el momento de la decisión jurídico-pública sobre el tipo estatutario del suelo, pertenecen a la esencia de cada forma de propiedad las facultades características del régimen atribuido. En otras palabras, el *ius aedificandi* no forma parte del contenido esencial de la propiedad constitucional, pero sí pertenece a la esencia de la propiedad urbana; del mismo modo que la facultad de cultivar se encuentra en la esencia de la propiedad del suelo agrario». BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional: El estatuto jurídico del suelo agrario*. Cívitas, 1988, pág. 354.

¹² «...es perfectamente razonable que se permitan las construcciones vinculadas al destino agrario de las fincas, concebidas como el complemento natural de la actividad desarrollada en los predios rústicos». BARREDA BARBERÁ, J. *La ordenación jurídica del suelo no urbanizable*. España: Tirant Lo Blanch, 2008, pág. 124.

¹³ GUTIERREZ COLOMINA, V. apunta: «Dentro del aprovechamiento rural habría que incluir: a) Derecho a la explotación agropecuaria de la tierra. Desde la perspectiva agraria éste es el derecho que podríamos considerar fundamental. (...) b) El *ius aedificandi* vinculado a la funcionalidad agraria. Este derecho es complementario del anterior y en cierto sentido viene a confirmarlo, ya que la construcción de edificaciones destinadas a explotaciones agrícolas tiene un carácter instrumental al servicio de la explotación de la tierra; y en el caso de que se hiciera inviable la facultad de edificar construcciones agrícolas, se imposibilitaría el derecho de explotación de la tierra, que forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad». GUTIERREZ COLOMINA, V., (2006:235).

culada a un uso natural pase por realizar previamente el juicio probatorio tendente a demostrar que el uso homólogo es efectivo sobre ese suelo¹⁴.

F. Limitaciones y sujeción al cumplimiento de otros principios

El campo o suelo no urbanizable se destina al desarrollo de usos naturales; esto implica la aparición del elemento accesorio ya comentado: la posibilidad de autorizar el *ius aedificandi* vinculado a esos usos. En el campo también existe una prohibición para implantar otros usos no naturales, salvo que se autoricen de manera excepcional a través de un procedimiento *ad hoc* cuando concurren circunstancias de interés general¹⁵. Esas circunstancias conforman la estructura básica en la actualidad del principio rector. Esa estructura está en sintonía con la clasificación del suelo como no urbanizable que hace el legislador al amparo de la función social, puesto que la decisión de clasificarlo así persigue dos pretensiones fundamentales: que ese ámbito no se destine a crear ciudad y que se destine al desarrollo de usos naturales. Pero esa estructura refleja una concreta política urbanística o de ordenación del territorio implementada por los poderes públicos. Es cierto que el urbanismo tiene como finalidad ordenar el territorio en relación con las actividades y los usos que pueden o deben realizarse sobre el suelo, pero esa finalidad admite más de un modelo territorial que permita el emplazamiento en el suelo no urbanizable de edificaciones con diversos usos bajo determinadas condiciones: que se edifique según una ordenación urbanística abierta o asegurando el aislamiento o separación entre edificaciones, asunción de obligaciones urbanísticas por los propietarios o promotores... En la LS56 la edificación residencial se autoriza en el campo. Incluso con anterioridad a esa ley, desde principios del siglo XX, la preocupación de los poderes públicos no era la limitación de edificaciones en los ámbitos rurales sino todo lo contrario, disminuir la emigración rural, poblar el campo para cultivar

¹⁴ «De esta manera, puede entenderse que la viabilidad de lo principal (la tierra y su explotación natural) exija de ciertos elementos (la construcción agraria) que se integran como un instrumento más para su desarrollo. De esta forma, la construcción queda así incluida en el régimen jurídico propio de la explotación de manera tal que, en primer lugar, la finca rústica ha de ser siempre lo principal y la construcción un mero útil instrumental a su servicio y no viceversa, y, en segundo lugar, que tal necesidad para el desarrollo de la explotación condicionará el destino de lo construido impidiendo su dedicación a otros usos, circunstancia que incluso podría garantizarse mediante la correspondiente inscripción registral. MACHACÓN DÍAZ, F. J. Construcciones y viviendas agrarias en suelo rural: la “vinculación” al uso natural del suelo como elemento determinante para su autorización. *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*. 2013, núm. 123, págs. 28 y ss.

¹⁵ Las posibilidades constructivas del suelo rural, interpretadas con carácter restrictivo, constituyen uno de los puntos ahora menos controvertidos, existiendo unanimidad a nivel doctrinal y sobre todo jurisprudencial hasta la fecha. El suelo no urbanizable debe ser destinado a usos vinculados y sólo, excepcionalmente, a usos extraordinarios, que son así denominados por su inadecuación con esta tipología de suelo y que van a implantarse insistentemente, “excepcionalmente” en él por un motivo concreto: su necesidad de emplazamiento en medio rural. GÓMEZ ROSSI, M. J. 2016. *Actuaciones en suelo no urbanizable* [en línea]. Tesis doctoral. Universidad de Sevilla. Disponible en: <http://hdl.handle.net/11441/36387>. Pág. 241.

tierras incultas o implementar medidas para colonizar montes o terrenos propiedad del Estado. Aunque el principio rector tenga una base *iusnaturalista* su estructura original podía haber incorporado la posibilidad de desarrollar usos artificiales, no naturales, en el campo. La voluntad del legislador a la hora de elegir el modelo territorial, en los inicios del urbanismo español, no se veía limitada por principios o mandatos emanados de organismos o instituciones jerárquicamente superiores. Sin embargo, con posterioridad, despega la concienciación medioambiental, en 1970, con la declaración de «Año de Protección de la Naturaleza» por la ONU; son los inicios del Derecho Internacional del Medio Ambiente. La promulgación de la Constitución en 1978 establece el derecho a disfrutar de un medioambiente adecuado y el deber de conservarlo (art. 45, en sede de «De los principios rectores de la política social y económica»); y la regulación de la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación (art. 47). España se integra de manera efectiva en la Comunidad Económica Europea, la actual Unión Europea el 1 de enero de 1986 asumiendo el acervo comunitario que ya existía respecto a la protección del medioambiente y transposición o puesta en aplicación de directivas y reglamentos promulgados en relación con esa conciencia protectora del territorio. A partir de esa integración el Derecho ambiental europeo tiene una clara repercusión en el resto de normativa por su carácter de transversalidad, en especial en la ordenación del territorio, del espacio, del medio natural o del campo. La protección del medioambiente se convierte en un objetivo prioritario en la implementación de medidas de cualquier índole dentro del espacio europeo. En 1987 con la elaboración del Informe Brundtlan titulado «Nuestro futuro común» aparece en escena el concepto de «desarrollo sostenible» en el seno de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Se establecen así las bases de un nuevo Derecho: el Derecho Ambiental.

Estos hitos históricos vinculan al legislador en el momento de adoptar un concreto modelo territorial y urbanístico. Ahora, el principio rector además de sostenerse sobre una base *iusnaturalista* debe ser respetuoso con la naturaleza, con el medioambiente y con el principio de desarrollo sostenible. Se refuerzan así los pilares en los que se sustenta el PRUC: utilización del suelo de conformidad con su naturaleza y la posibilidad de materializar el *ius aedificandi* relacionado con el uso natural. La integración de esos principios de ámbito europeo o incluso mundial en el principio rector motiva que la elección por el legislador de modelos territoriales que no se sustenten en los pilares citados podrían devenir inconstitucionales o contrariar el derecho de la UE.

II. PARÁMETROS QUE INTERVIENEN EN LA VINCULACIÓN DEL *IUS AEDIFICANDI* CON LOS USOS AGRÍCOLAS Y GANADEROS EN EL CAMPO ANDALUZ

El uso natural es la facultad principal que integra el derecho de propiedad en el campo. La ley urbanística andaluza vigente en la actualidad, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante LOUA) no tiene a fecha de redacción de este artículo una regulación específica, ya sea mediante ley o reglamento para regulación del suelo rústico o suelo no urbanizable como ocurre en otras comunidades autónomas¹⁶ que concrete las características que deben tener los usos naturales para entender que tienen esa condición. La LOUA se refiere a estos usos con términos muy genéricos en el art. 50.B.a. La trascendencia de esta cuestión radica en la condición complementaria al uso natural que tienen las edificaciones, construcciones o instalaciones naturales (en adelante se hará referencia a ellas con la abreviatura ECI o ECIs). Del contenido de la LOUA y de la opinión de los Tribunales¹⁷ en pronunciamientos dictados con ocasión de las controversias que han solventado pueden extraerse unos parámetros que son referencia válida para configurar la relación urbanística entre usos naturales y las ECIs vinculadas; se exponen brevemente.

1. El tiempo

El uso natural debe existir o estar desarrollándose en el terreno con anterioridad a la pretensión del propietario de realizar alguna ECI. Esta constatación de que

¹⁶ Como ocurre por ejemplo en Castilla-La Mancha con el Decreto 242/2004, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Suelo Rústico, o en las Islas Baleares con la Ley 6/1997, de 8 de julio, del Suelo Rústico de las Islas Baleares.

¹⁷ Al respecto puede verse las siguientes Sentencias:

- a) Del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo:
Sección 5ª. Sentencia (s/n) de 31 de mayo de 1999. ECLI: ES:TS:1999:3787.
Sección 1ª. Sentencia (s/n) de 12 de diciembre de 1990. ECLI: ES:TS:1990:9126.
Sección 5ª. Sentencia de 4 de febrero. ECLI:ES:TS:2008:409.
- b) Del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Málaga:
Sentencia núm. 1227/2018, de 11 de junio. ECLI: ES:TSJAND:2018:10378.
Sentencia núm. 239/2016, de 5 de febrero. ECLI:ES:TSJAND:2016:1710.
Sentencia núm. 1182/2014, de 30 de mayo. ECLI:ES:TSJAND:2014:7074.
Sentencia núm. 2584/2012, de 15 de octubre. ECLI: ES:TSJAND:2012:18053.
- c) Del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Granada:
Sentencia núm. 2421/2018, de 31 de octubre. ECLI: ES:TSJAND:2018:15581.
Sentencia núm. 1231/2012, de 9 de abril. ECLI:ES:TSJAND:2012:3454.
- d) Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Málaga. Sentencia núm. 2127/2017, de 30 de octubre. ECLI: ES:TSJAND:2017:15003.
- e) Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sevilla. Sentencia de 6 de octubre de 2000. ECLI: ES:TSJAND:2000:14296.

el uso natural agroganadero ya se está desarrollando en ese lugar es una consecuencia necesaria para poder establecer la relación jurídica entre lo principal (el uso) y lo accesorio o vinculado (la ECI). Solamente si se está desarrollando un uso natural nacerá con posterioridad la necesidad de realizar alguna ECI¹⁸. Si como indica el legislador (respetuoso con el PRUC en ese sentido) las ECIs que pueden realizarse deben ser «precisas» y «adecuadas» y «ordinarias» (art. 50.B.a LOUA) y si además deben ser proporcionadas al uso al que se vinculen (art. 57.1 LOUA) solamente con el conocimiento previo de la clase o modalidad de uso natural se sabrá las necesidades que conlleva y por extensión se podrá saber también si la ECI que desea realizarse debe autorizarse por ajustarse al régimen urbanístico del suelo no urbanizable. Un uso natural agrícola de secano no precisa para su normal desarrollo la misma clase de edificación, de construcción o de instalación vinculada, que un uso natural ganadero o que un uso natural agrícola de regadío.

De esta necesaria prelación temporal entre el *ius usus* respecto al *ius aedificandi* precipitan las siguientes conclusiones:

a) No puede invertirse la relación temporal y materializar una ECI si el uso natural no se está desarrollando de manera efectiva. El desconocimiento de la modalidad de uso natural impedirá hacer el oportuno juicio respecto a la concurrencia de la proporcionalidad, adecuación o precisión de la ECI que desea realizarse.

b) La comprobación por la Administración de la efectividad del desarrollo del uso natural debe ser en el momento inmediatamente anterior a la petición de materializar la ECI. Debe realizarse en el seno del expediente de concesión de la autori-

¹⁸ Algunos autores plantean ciertas dudas sobre la necesaria preexistencia de una explotación agrícola para autorizar una ECI: «Si el Plan no dice nada más ¿es posible verificar la necesidad de la construcción con carácter previo al despliegue de la explotación agrícola? ¿es imprescindible la preexistencia de la explotación en términos empresariales hasta para construir una balsa de riego? ¿no sería como exigirle a un empresario la viabilidad de su negocio antes de construir su nave en suelo industrial, o al comerciante la viabilidad de un supermercado antes de ponerlo?» LLAMAS INIESTA, J. Perspectivas y preocupaciones sobre el suelo no urbanizable en los pequeños municipios andaluces. Visión «ex ante»: la cuestión de los usos. Óptica «ex post»: regularización de la edificación ilegal según el decreto 2/2012. Revista digital CEMCI. 2016, núm. 32, pág. 10. En sentido contrario se manifiesta MACHACÓN DÍAZ, F. J., (2013:28): «Este carácter instrumental o accesorio de la construcción agraria, como manifestación de la «relación funcional», implica, en buena lógica, que la «necesidad» de su implantación haya de originarse con posterioridad a la existencia de la explotación al constituir ésta el elemento principal al que se adiciona aquella a fin de garantizar su viabilidad. Ello explica que, con la excepción de determinadas explotaciones de nueva creación, la jurisprudencia no haya apreciado «vinculación» en aquellos supuestos «en los que se adquiere un terreno con el fin principal de construir una residencia, y se proyecta una explotación agraria (huerto familiar) para acogerse al régimen excepcional de referencia, lo que constituye un fraude de ley que no debe ser autorizado». Asimismo, tampoco se considera que concurra el requisito de necesidad para la construcción de viviendas vinculadas en aquellos supuestos en los que existan otras opciones de ubicación por la cercanía con algún núcleo de población o, incluso, por razones basadas en la antigüedad de la explotación o en la propia edad y profesión del promotor de la vivienda».

zación para construir, puesto que el uso natural se tolera. Ideal sería que en estos expedientes tendentes a autorizar (o denegar) la ECI, se identificarán dos fases durante la tramitación: la fase probatoria respecto al desarrollo efectivo del uso natural y la fase siguiente en la que se observarán las circunstancias y condiciones relativas a la ECI solicitada. No deben tener validez en el momento actual en el que se tramita la autorización las circunstancias que prueben que hubo un tiempo anterior en el que se desarrolló el uso natural en esos terrenos, que sin embargo ahora son baldíos.

2. Las presunciones respecto al uso natural efectivo

Que un espacio territorial esté destinado a ser campo o suelo no urbanizable debe interpretarse en relación con la distribución de la totalidad del término municipal según las distintas clases de suelos; en Andalucía suelos urbanos, suelos urbanizables y suelos no urbanizables. Con esa expresión se afianza el hecho de que no están destinados a crear ciudad; o lo que es similar, que no son suelos pertenecientes a la clase urbano o urbanizables. El destino natural establecido por el planeamiento mediante la clasificación como suelo no urbanizable no presupone que se esté desarrollando de manera efectiva el uso coincidente con el destino. Que un terreno esté destinado al uso agrícola porque esté clasificado como suelo no urbanizable y ese uso agrícola sea uno de los varios destinos permitidos por el legislador urbanístico, no significa que en ese mismo terreno se esté desarrollando de manera efectiva ese uso¹⁹. Esta presunción se aleja del sentido del legislador. El hecho de que un terreno tenga condiciones edafológicas para destinarse a la agricultura o a la ganadería es una circunstancia necesaria para que su propietario decida emprender el desarrollo del uso más apropiado en función de las características intrínsecas del suelo. La presunción que considera que en cualquier terreno destinado urbanísticamente al desarrollo de usos naturales (por quedar clasificado como suelo no urbanizable) puede materializarse una ECI es errónea y su aplicación sería contraria al PRUC²⁰.

¹⁹ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía núm. 1231/2012, de 9 de abril, analiza esta cuestión con profundidad e incide en que la mera existencia de árboles no significa que el uso agrícola sea efectivo: «Por otra parte, el hecho de que la escritura de compraventa señale que la finca esta en suelo rústico de secano y almendros no es adecuada para acreditar el requisito exigido en la ley, ya que esta naturaleza no basta para estimar que los terrenos en sí contienen una explotación agrícola, como concepto mucho más amplio, y no basta para acreditar la existencia de la explotación, los árboles plantados para, incluso, un consumo personal del dueño, considerando ello insuficiente para justificar la necesidad de una vivienda para las necesidades de la explotación en suelo no urbanizable». Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Granada. Sentencia núm. 1231/2012, de 9 de abril. ECLI:ES:TSJAND:2012:3454

²⁰ De esta forma, no cabrá apreciar la vinculación de una construcción con una explotación agraria y con el destino del suelo cuando existan diversas opciones de implantación sobre terrenos de características diferentes, ya que entonces el suelo no constituirá el elemento necesario e imprescindible para su correcto y adecuado funcionamiento, pudiéndose, en consecuencia, desarrollar sobre otros terrenos diferentes sin mayores inconvenientes. Es decir, la concreta actividad de que se trate ha de necesitar de las características peculiares de unos determinados terrenos y/o de la explotación que se desarrolla en ellos ya

3. Las garantías de anudamiento entre el uso natural y la ECI vinculada

Como principios informadores de cualquier regulación que las Administraciones europeas acometan en cualquier sector de la sociedad, el medioambiente y el desarrollo sostenible tienen un papel relevante. Tanto la regulación urbanística estatal como la andaluza establecen el respeto a estos principios. Este mandato al legislador no se ha materializado con medidas concretas tendentes a asegurar que el campo se aprovecha respetando ese principio de desarrollo sostenible en lo que respecta al vínculo jurídico entre el uso natural efectivo y la ECI. En el caso de la materialización de ECIs vinculadas a los usos naturales la correcta integración del principio debiera pasar por establecer una garantía que anude jurídicamente la existencia temporal de la ECI al mismo periodo temporal en el que se desarrolle el uso natural. Lo cierto es que el art. 177 de la LOUA que contiene los actos administrativos que pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad para establecer una condición o carga con efectos reales sobre la propiedad no contiene ninguna previsión al respecto. La indicación que más se aproxima sería la referencia a la inscripción de las órdenes de cese de los usos o demolición de obras de carácter provisional. Sin embargo el régimen jurídico de las autorizaciones urbanísticas para realizar las ECIs vinculadas no establece ninguna previsión al respecto, ni tampoco considera que la materialización de ECIs en el campo vinculadas a los usos naturales deba realizarse a través de autorizaciones otorgadas con carácter provisional o temporal o con obligación de demolerlas cuando concurra alguna condición.

La desaparición del efectivo desarrollo del uso natural conllevará la desaparición del vínculo jurídico entre lo principal y lo accesorio. Si una ECI sigue existiendo en un terreno con posterioridad a la finalización del ejercicio efectivo de un uso agrícola o ganadero que legitimó la materialización de aquella, entonces desaparece el vínculo y la ECI queda abandonada: no tiene uso reconocido. Distinto es que tenga una tipología común o usual o reconocible como agraria o ganadera, pero las características físicas no suponen el cumplimiento de las condiciones jurídicas, en este caso la vinculación al uso natural. El régimen autorizador de las ECIs naturales no está establecido de este modo; ahora la vinculación no se configura por el legislador como un hecho jurídico que deba mantenerse durante toda la vida útil de la ECI, sino que

que únicamente desplegará la finalidad que le es propia ubicándose en ese concreto suelo y como complemento necesario de la actividad adscrita al sector primario que se desarrolla en él.(...) Desde este punto de vista, por ejemplo, para apreciar que una nave-almacén se encuentra vinculada a una explotación agraria necesariamente habrá de acreditarse que las mercancías almacenadas provienen de la propia finca y no de fincas distintas o de otras explotaciones, sin que baste «con que el material almacenado guarde relación con la explotación de los recursos naturales, sin tener en cuenta la procedencia de los productos» ya que, de admitir lo contrario, «cualquier almacén de productos agrícolas, haciendo abstracción de su origen, podría efectuarse en suelo rústico». MACHACÓN DÍAZ, F.J., (2013:28)

basta que concurra en el momento de la autorización. Esta regulación puede ser contraria los principios medioambientales y el desarrollo sostenible propiciando que ECIs que han dejado de cumplir la función o misión para la que fueron creadas sigan existiendo en estado de abandono funcional y agrediendo, cuanto menos visual y paisajísticamente, el paisaje rural. Similar circunstancia ocurre no solo cuando deja de desarrollarse de manera efectiva el uso natural sino también cuando se produce un cambio de modalidad de uso natural. Si el propietario del campo, por circunstancias que resultan irrelevantes ahora, ya no ejerce el uso agrícola y decide pastorear al ganado en su finca desarrollando ahora un uso ganadero, entonces ese cambio de uso debiera llevar asociado, o bien la adaptación de la ECI agrícola que allí pudiera existir a una ECI ganadera, o bien la demolición de la ECI que nació vinculada al uso natural que ha mutado y, en su caso, la posibilidad de materializar en el mismo lugar otra ECI vinculada al nuevo uso.

4. Modalidades en el desarrollo de los usos naturales

La regulación urbanística que rige en Andalucía no concreta a qué modalidades de usos naturales se quiere hacer referencia cuando se desarrolla el principio rector urbanístico en el campo. No existe en la ley urbanística sustantiva andaluza un precepto definitorio de lo que debe entenderse por «explotación agrícola» o por «explotación ganadera», ni tampoco una remisión a la legislación sectorial agraria o ganadera para asumir la posible definición de esa realidad que pueda contenerse en esas disciplinas²¹. Sin embargo la interpretación que yo sostengo es que la necesidad de materializar una ECI podría justificarse ante el desarrollo de usos naturales agroganaderos que se realicen de forma profesional o con el objetivo de obtener rentas económicas de la actividad, pero también ante el desarrollo de usos naturales agroganaderos domésticos, familiares, para el autoconsumo o meramente ociosos o recreativos (en adelante la referencia a estos usos se hará solamente con el adjetivo «domésticos»)²². Esta conclusión se deriva del análisis de varias circunstancias:

²¹ «El primer problema que se plantea es que (...) el legislador español utiliza en el ámbito del derecho agrario el término explotación en sustitución y como sinónimo de empresa, y además, y para terminar de complicar las cosas, en un doble sentido, es decir haciendo alusión en unos casos a la actividad agraria realizada por el empresario y en otros a la empresa como conjunto de bienes organizados y destinados a la producción agraria». CARRETERO GARCÍA, A. *Empresa agraria y profesionales de la agricultura en el derecho español y comunitario*. Granada: Comares, 2003, pág. 50. Comares Monografías.

²² Tampoco la diferenciación entre agricultura profesionalizada o doméstica es nítida por cuanto concurren también actividades agrarias como la figura del agricultor a tiempo parcial que toma elementos de ambas categorías: «Las dudas en torno al cumplimiento o no del requisito de la profesionalidad constituye uno de los problemas a los que ha tenido que enfrentarse la figura del agricultor a tiempo parcial a la hora de determinar sus relaciones con las otras modalidades de agricultores (...). El problema deriva de la dificultad de encuadrar al agricultor a tiempo parcial dentro del marco de una estructura jurídica diseñada

a) La ausencia de norma que expresamente prohíba el desarrollo de usos naturales domésticos. Así, todos los actos que no estén prohibidos o que deban estar expresamente legitimados por el planeamiento y sean actos subsumibles en la definición genérica de la norma, deben tratarse como actos autorizables.

b) La utilización por el legislador del término «explotación» (en referencia a la actividad que puede desarrollarse en una finca o parcela) junto a otros como uso, utilización, disfrute, acto o actividad (*vid* art. 50 de la LOUA). Aquí el legislador no ha querido utilizar el término «explotación» en el sentido indicado en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (uso agrícola o ganadero profesionalizado o mercantilizado) sino como término sinónimo a aprovechamiento de la tierra o a obtención de aprovechamientos naturales del suelo.

c) La redacción del art. 13 del TRLS2015 que define el contenido del derecho de propiedad del suelo en situación rural no realiza ninguna diferenciación o limitación que afecte a las modalidades en el ejercicio del uso natural, ni tampoco utiliza el término «explotación», incorporando ciertas dudas interpretativas como ya se ha expuesto²³.

d) La utilización natural del suelo mediante usos agrícolas o ganaderos domésticos es una actividad consustancial a la existencia del hombre en la Tierra que motivó el paso de una vida nómada a una sedentaria. Cultivar y criar animales para procurar el sustento del ser humano (usos agroganaderos domésticos o familiares) son actividades reconocidas por las normas que rigen la convivencia social que surgieron en los inicios de la civilización con anterioridad al ejercicio de la actividad agroganadera profesionalizada. Esta realidad no es desconocida por la sociedad que la reconoce por ejemplo cuando legisla en los ámbitos agroganaderos excluyendo del ámbito de aplicación de la norma a aquellas actividades de escasa entidad, que se denominan explotaciones de autoconsumo, familiares o domésticas²⁴. En el ámbito

hasta ahora para ayudar preferentemente al agricultor dedicado a esta actividad de modo prevalente o a tiempo completo». CARRETERO GARCÍA, A. (2003: 452). También incide en esta indefinición CABALLERO LOZANO, J.M. en MUÑIZ ESPADA, E. *Un marco jurídico para un medio rural sostenible*. Madrid: Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, 2011, (pág. 31 y ss.).

²³ «Artículo 13. Contenido del derecho de propiedad del suelo en situación rural: facultades. 1. En el suelo en situación rural a que se refiere el artículo 21.2,a), las facultades del derecho de propiedad incluyen las de usar, disfrutar y disponer de los terrenos de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales».

²⁴ Como indica por ejemplo el Real Decreto 1084/2005, de 16 de septiembre, de ordenación de la avicultura de carne: «Art. 1.6. Se exceptúan de la aplicación de este real decreto: a) Las explotaciones de autoconsumo según se definen en el artículo 2.b)»; art. 2.b que dice: «Explotación de autoconsumo: aquella explotación que produzca hasta un máximo de 210 kilos en equivalente de peso vivo de ave al año y en ningún caso comercialice los animales o su carne (...)». O como indica el Real Decreto 306/2020, de 11 de febrero, por el que se establecen normas básicas de ordenación de las granjas porcinas intensivas, y se modifica la normativa básica de ordenación de las explotaciones de ganado porcino extensivo: art. 2.2.f):

de la ordenación del territorio y urbanismo de Andalucía también se reconoce, se ampara, se permite o se tolera el desarrollo de actividades agrícolas o ganaderas domésticas que por su escasa entidad no llegan a constituir un hecho relevante para regularse por norma²⁵.

Así, por ejemplo, el art. 8.h del RDU, en sede de definición de los actos sujetos a licencia incluye: «La instalación de invernaderos cuando conlleve algún tipo de estructura portante con exclusión de los domésticos o de escasa entidad en cuanto a sus características o superficie afectada». En los Planes Especiales de Protección del Medio Físico y Catálogo de Espacios y Bienes Protegidos de las provincias andaluzas se incluye como un espacio de Protección Especial Compatible, los Paisajes Agrarios Singulares que se definen como aquellos que presentan una notable singularidad productiva condicionada por determinantes geográficos y/o por el mantenimiento de usos y estructuras agrarias tradicionales de interés social y ambiental. La actividad agroganadera familiar o doméstica se identifica con los huertos tradicionales que existen en la periferia o cercanías de la mayoría de los núcleos de población de Andalucía, en las zonas de vega, junto al cauce de ríos o arroyos que proporcionan el riego necesario (mediante pozos o acequias) para el desarrollo de ambas actividades. Estos espacios se reconocen y la actividad agrícola o ganadera que en ellos se desarrolla se regula a través de las ordenanzas incluidas en el planeamiento urbanístico municipal²⁶.

e) La función social que el propietario del campo debe cumplir no solamente concurre ante aprovechamientos agroganaderos profesionalizados, sino que en determinados ámbitos como pueden ser los espacios destinados a huertos tradicionales o familiares, la función social se identificaría en un alto porcentaje con la actividad ociosa, recreativa y de entretenimiento que para la población constituye la atención a los cultivos o animales de granja; además de obtener productos vegetales o animales para el autoconsumo como complementos a las rentas familiares permite también el contacto con la naturaleza. En estos huertos, lo que la sociedad espera de sus propietarios es que mantengan la actividad agropecuaria tradicional cuya trascendencia motiva incluso una protección legal incluyéndolos como espacios de especial protección en el suelo no urbanizable.

«Explotación para autoconsumo: la utilizada para la cría de animales con destino exclusivo al consumo familiar, con una producción máxima por año de 3 cerdos de cebo, y sin disponer de reproductoras».

²⁵ Respecto a la figura del «profesional de la agricultura» y su tratamiento por las leyes, puede verse a CARRETERO GARCÍA, A. (2003:303).

²⁶ Como puede ser el caso de la Vega de Granada y su reconocimiento en el PGOU como categorías en el suelo no urbanizable; por ejemplo «Suelo No Urbanizable de Especial Protección ecológica de las Cuencas de los Ríos Genil, Darro y Beiro» o «Suelo No Urbanizable de Protección Agrícola de Huertos-Familiares»; art. 3.1.3 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbanística de Granada. En: Ayuntamiento de Granada [en línea]. Disponible en <http://www.granada.es> [consulta: 10/9/2021].

5. El ámbito territorial considerado

Otro de los parámetros que no aparece definido en la LOUA y que es susceptible de regularse vía planeamiento urbanístico por cada municipio andaluz es la relativa a la definición, características y extensión que debe tener el espacio territorial o la porción de campo en la que se desarrolla el uso natural cuyo ejercicio efectivo habilita la materialización de la ECI vinculada. Esta indefinición trae causa de varios factores ya analizados en epígrafes anteriores: urbanismo como técnica destinada a la regulación del *ius aedificandi* en entornos urbanos; exclusión de la facultad de edificar del repertorio de los derechos de los propietarios del campo; mejor condición técnica y finalista de la ciencia agrícola y ganadera para regular el *ius aedificandi* agrario,...). Por ello las referencias que hace el TRLS2015 estatal o la LOUA en Andalucía no dedican ningún párrafo a concretar o definir qué porción de suelo rústico es la que debe considerarse para conocer si se desarrolla el uso natural que abrirá la posibilidad de materializar la ECI.

De la regulación de la LOUA puede inferirse que el ámbito territorial que debe considerarse a efectos de observar la efectividad del desarrollo del uso natural para usos domésticos no tiene por qué ser coincidente con parcelas catastrales o con recintos SIGPAC. Si un uso natural se desarrolla en una porción de terreno inferior por ejemplo a una parcela catastral, entonces la necesidad, extensión, idoneidad, en definitiva, el juicio en torno a la vinculación con la ECI que se solicite deberá realizarse de manera proporcional a la superficie de terreno efectiva. Esta cuestión tiene relevancia en aquellos supuestos en los que la extensión máxima en superficie de la ECI se fija mediante un porcentaje de ocupación sobre la superficie de la finca o parcela; aunque de esa proporción se derive la posibilidad de materializar x metros de ECI, esa superficie deberá aminorarse en función de la porción de parcela o finca realmente utilizada por el agricultor o ganadero.

De los principios que configuran el PRUC, en especial de la utilización del suelo de conformidad con su naturaleza, no puede inferirse que se permita el desarrollo de un único uso natural con exclusión de cualquier otro. Además de la consustancial convivencia entre usos naturales agrícolas y ganaderos como dos actividades íntimamente relacionadas o complementarias, es preciso atender al progreso y modernización de estos dos sectores primarios. En el estado actual de la tecnología la consideración de que en una unidad de superficie de suelo solamente puede desarrollarse un solo aprovechamiento natural resulta una apreciación arcaica. En un mismo ámbito territorial es posible el desarrollo de usos agrícolas, ganaderos, en sus modalidades profesionalizadas o domésticas pero también en ese mismo territorio pueden coexistir los aprovechamientos de otros recursos naturales como la fuerza eólica o la energía solar o los aprovechamientos cinegéticos. Esta realidad obliga a establecer criterios que desarrollen el PRUC en el sentido de permitir que las super-

ficies máximas de las ECIs vinculadas a los usos que se permitan sean el resultado de aplicar los índices de ocupación o edificabilidades de cada uso pormenorizado sobre la misma extensión territorial; o dicho de otro modo que no se agote el derecho a materializar el *ius aedificandi* vinculado a un uso agrícola porque ya se haya aplicado previamente al realizar una ECI relacionada con un uso ganadero o cinegético o eólico o solar. Si una porción de campo permite obtener aprovechamientos agrícolas y ejercer el pastoreo y las condiciones de soleamiento son aptas para instalar placas solares sin detrimento del desarrollo de las otras dos actividades naturales, entonces la ciencia urbanística debe ser consecuente con el PRUC y permitir que el propietario utilice el suelo de conformidad con su naturaleza obteniendo aprovechamientos naturales en las tres modalidades. Ese ajuste al PRUC será el motivo que obligue al legislador a permitir que en ese mismo ámbito territorial pueda materializarse un triple *ius aedificandi*: el agrícola para el resguardo de aperos, maquinaria de cultivo y cosecha, el ganadero para alojar a los animales en condiciones apropiadas y el *ius aedificandi* solar (por ejemplo una edificación destinada a maquinaria, instalaciones y elementos necesarios para el funcionamiento y mantenimiento de la instalación solar). Esta realidad no puede limitarse por el efecto del destino que esté previsto en el planeamiento municipal para el suelo no urbanizable; por ejemplo que un PGOU destine una porción del territorio al uso agrícola vetando implícitamente la posibilidad del ejercicio del uso cinegético o eólico que podrían desarrollarse también puesto que la naturaleza del terreno lo permite.

6. Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad aparece citado implícita o explícitamente en la LOUA²⁷ y es un parámetro que no puede desconocerse por el legislador municipal andaluz a la hora de aprobar planes urbanísticos u ordenanzas reguladoras que afecten a la relación entre el uso natural y la materialización de ECIs vinculadas. Los Tribunales también recurren con frecuencia al principio de proporcionalidad como uno de los parámetros válidos para observar la idoneidad o pertinencia de autorizar determinadas ECIs.

Incluso el propio término («vinculación») en el que radica la relación entre el uso natural implica una proporcionalidad entre ambas realidades. Esta proporción, en la práctica, suele integrarse en las normas urbanísticas mediante la inclusión de

²⁷ Por ejemplo en la LOUA, en su art. 3.1.b: «Vincular los usos del suelo a la utilización racional y sostenible de los recursos naturales»; o art. 3.1.d: «Delimitar el contenido del derecho de propiedad del suelo, usos y formas de aprovechamiento, conforme a su función social y utilidad pública»; o art. 8.2: «El contenido de los Planes Generales de Ordenación Urbanística (...) deben desarrollarse con arreglo a los principios de máxima simplificación y proporcionalidad...»; o art. 57: «Ser adecuados y proporcionados al uso a que se vinculen»; o en el art. 182: «...con carácter excepcional y en aplicación del principio de proporcionalidad,...».

limitaciones en las ordenanzas reguladoras de las edificaciones en el campo. Por lo general la limitación más común consiste en limitar la superficie construida de la ECI estableciendo una relación en superficie construida y superficie de la finca o parcela (relación conocida como «índice de ocupación de suelo», «edificabilidad», «densidad edificatoria», «aprovechamiento edificatorio» o términos similares). La fijación de ese parámetro no integra los principios *iusnaturalistas* propios de los usos naturales. Las normas urbanísticas establecen, por lo general, un límite atendiendo a la tipología edificatoria de la ECI; por ejemplo, un determinado porcentaje de ocupación de parcela en caso de almacenes o naves de uso agrícola. Pero configurado así, ese índice no atiende a las características intrínsecas del uso natural con el que la ECI se vincula; las necesidades, en superficie construida, para un almacén agrícola en el caso de cultivos de cereal de secano son distintas que en el caso de un almacén agrícola necesario para atender un cultivo de regadío como puede ser el caso de una huerta familiar. Una ECI vinculada a un uso avícola extensivo deberá tener una superficie proporcional al espacio vital de los animales según las normas sectoriales ganaderas y sobre el bienestar animal; y si el uso ganadero no es el avícola sino el de otra especie animal de mayor envergadura (por ejemplo ganado ovino o caprino en extensivo), entonces las necesidades de superficie de la ECI serán aquellas que permitan albergar en condiciones idóneas a estos otros animales; y esa distinta necesidad de superficie de la ECI puede aparecer incluso en la misma finca o parcela, en la misma extensión superficial del lugar elegido para materializar la ECI. El límite de la superficie de la ECI no puede por tanto establecerse atendiendo a un parámetro fijado arbitrariamente o sin observar las características de uso natural que fundamenta la necesidad de que exista una ECI²⁸.

En el caso de aprovechamientos ganaderos extensivos, o actividad de pastoreo, el establecimiento de una proporción entre el quantum de *ius aedificandi* y la extensión de la propiedad cuando únicamente se atiende al factor superficie (mayor o menor) de la parcela o finca también conlleva una limitación urbanística que supone un alejamiento de los principios *iusnaturalistas*. Es muy común que esa actividad de pastoreo del ganado se haga en fincas de terceros propietarios (distintos al ganadero o dueño del rebaño) mediante la habilitación expresa con contratos de aprovechamiento de pastos y rastrojeras o bien por mera tolerancia del propietario del suelo o siguiendo costumbres. La consideración de ganadería extensiva o intensiva se regula en las normas sectoriales en función de la carga ganadera o relación entre Unidad Ganadera Mayor (UGM) y unidad de superficie (por lo general, hectáreas). Pero esa relación entre número de animales y superficie de suelo no se refleja en la relación que la nor-

²⁸ «La idea de la proporcionalidad supone que ha de existir una adecuada relación entre las dimensiones y magnitud de las construcciones y las de las explotaciones, como una muestra más de la vinculación de las primeras a las segundas». BARRERA BARBERÁ, J. (2008:125).

ma urbanística determina entre superficie edificable de la ECI ganadera y superficie de la parcela en la que se construya. Efectivamente; la norma sectorial ganadera de la concreta especie animal y sobre todo las normas sobre el bienestar animal obligarán a que la ECI en la que deben alojarse los animales tenga una superficie proporcional al número de animales que componen el rebaño, pero por otro lado la superficie de esa ECI se verá limitada por la proporción respecto a la superficie de finca por un lado y por el cumplimiento de la franja libre o retranqueo desde los límites de la propiedad por otro. Esta disfunción ocurre porque el factor elegido para establecer la proporcionalidad de la ECI debe relacionarse con el aprovechamiento ganadero natural del suelo y si ese es el aprovechamiento idóneo, sostenible y rentable se derivará una utilización del suelo de conformidad con la función social; entonces la ECI no puede quedar limitada únicamente por parámetros urbanísticos alejados de fundamentos *iusnaturalistas*.

7. Innovaciones tecnológicas en el desarrollo de actividades agroganaderas

A fecha actual los avances tecnológicos introducidos en las actividades naturales son de tal magnitud que en algunos supuestos vendrían a conculcar el PRUC, el principio rector urbanístico; o lo que es similar: constituirían actividades que no serían susceptibles de realizarse en el campo por no concurrir en ellas la conformidad con la naturaleza del suelo y en su consecuencia no ser el lugar adecuado para su implantación. No es este un forzado intento de limitar lo ilimitable, la implementación de avances tecnológicos en todos los sectores sociales (en este caso en las actividades agrícolas y ganaderas), sino el convencimiento de que la norma relevante, la ley urbanística, precisa también una renovación que evite que el aplicador de la norma deba realizar forzadas interpretaciones del precepto normativo para concluir autorizando ciertas actividades novedosas cuya relación con la naturaleza del suelo no se produce.

Si la actividad del cultivo de los vegetales o de la crianza de los animales se desarrolla con un nivel tecnológico tan alto que sea difícil encontrar similitudes con la actividad agrícola o ganadera primigenia entonces se produce una disociación entre el fundamento urbanístico basado en la conformidad con la naturaleza (PRUC) que ampararía la elección del campo como ámbito territorial idóneo para su desarrollo²⁹. A mayor tecnificación de la actividad mayor alejamiento también de su

²⁹ BARREDA BARBERÁ, J. (2008:107) se refiere a los usos naturales del suelo como «usos propios del destino natural del suelo son los que el ser humano ha ejercido en el medio rural desde tiempos inmemoriales». Respecto al uso agrícola apunta: «Los usos agrícolas son los que cabe asociar con mayor facilidad al campo, aunque contrariamente a lo que se pudiera pensar “prima facie”, no todo es armonía entre tales usos y su entorno físico. Probablemente la agricultura es, de entre las actividades de aprovechamiento del suelo según su destino natural, la susceptible de generar mayores impactos medioambientales, sobre todo cuando se produce una intensificación de la producción». Este autor introduce, a mi juicio

naturalidad original; evidentemente ese alejamiento hará más difícil argumentar la conformidad con la naturaleza del suelo para que esa actividad encuentre acomodo en el régimen legal del suelo no urbanizable. Habrá otros fundamentos para que esa actividad, aún tecnificada en tal grado que la haga irreconocible como la actividad ancestral, se pueda desarrollar en el campo pero no tendrán un fundamento de base *iusnaturalista*, sino un fundamento basado en intereses sociales, que habrá que conformarlo. Que esas actividades, que han perdido la vinculación con la naturaleza del suelo, tengan que realizarse en el campo, en ámbitos alejados de la ciudad, será una cuestión fundada entonces en razones de interés general o social y responderá a un concreto modelo de política urbanística establecida por el legislador; o bien porque la legislación sectorial impide que se realicen en entornos urbanos o próximos. Podrá decirse entonces que el campo es el lugar idóneo o previsto o que es el destino de esas actividades, pero no podrá entonces argumentarse lo contrario: que en el campo pueden realizarse todas aquellas actividades que se desarrollen de conformidad con la naturaleza del suelo.

Esta disertación nos conduce a dos soluciones que podrán implementarse en el modelo territorial establecido por el legislador: o la norma urbanística debe sufrir un proceso de adaptación o de innovación modificando el régimen urbanístico del suelo no urbanizable para que el campo sea el ámbito territorial idóneo para implantar las nuevas actividades agroganaderas tecnificadas o modernizadas; o bien esas nuevas actividades que han perdido su naturalidad por la incidencia del progreso deben entonces implantarse en ámbitos territoriales específicos habilitados *ad hoc* por el legislador. Esos nuevos ámbitos (quizá nuevas clasificaciones o categorizaciones de suelos) se situarían equidistantes normativamente entre la clase de suelo urbano (ciudad) y la clase de suelo rústico (campo). La tecnificación agroganadera implementada en un alto grado se reconocería por la sociedad entonces como una actividad desarrollada con elevadas dosis de procesos fabriles, conexión directa con lo industrial, introduciendo un factor diferenciador con respecto al desarrollo primigenio de la agricultura y la ganadería y que justificaría esa innovación normativa³⁰.

adecuadamente, la modalidad intensiva de la producción agrícola como elemento distorsionador del PRUC o como un factor que rompe ese vínculo con los usos ejercidos desde tiempos inmemoriales en el suelo.

³⁰ El término modernización no siempre conlleva aspectos positivos en el campo; puede conllevar también implicaciones sociales negativas: «En el medio rural las nuevas orientaciones modernizantes han traído sin lugar a dudas mejoras sustanciales en la calidad de vida de los agricultores y en las producciones finales, sin embargo todo ello ha tenido un coste social importante, que han soportado con toda su fuerza los propios habitantes de estas áreas.(...) La modernización como proceso de cambio social positivo viene acompañada de unos costes sociales derivados de la creciente obsolescencia que adquieren las estructuras pertenecientes al antiguo orden tradicional. La pérdida de los modos y costumbres en el medio rural constituye un ejemplo, como tributo a las mejoras introducidas en las formas de explotación agraria. (...) Sin embargo, otros costes derivados de la modernización e industrialización de las estructuras agrarias se resuelven irrecuperables, sin una compensación posible a medio plazo, entre los que se encuentran la generación de

No cabe una tercera solución: no puede limitarse el avance científico y tecnológico ni la modernización de los sectores agrícolas y ganaderos. La norma debe seguir teniendo su utilidad regulando estos nuevos hechos. Y si en este contexto el término «nuevos» pudiera resultar excesivo entonces cabe sustituirlo por el de «unos hechos alterados por efecto del progreso en tal magnitud que ya no son reconocibles como los hechos a los que se refiere la norma». ¿Qué nuevas modalidades en el desarrollo de las actividades agroganaderas son las que fundamentan este planteamiento? Es procedente exponerlas.

A. Respecto a los usos agrícolas

No todos los avances tecnológicos implementados en la agricultura resultan ahora relevantes, sino solamente aquellos de naturaleza física, tangibles, visibles y que tienen efectos en relación con la forma de ocupación y utilización del suelo (dimensión espacial en superficie y volumen) de la porción de campo elegida para el desarrollo de la actividad. No influyen en este análisis las innovaciones en materia de abonado o enriquecido de la tierra o las dirigidas a la mejora de la calidad del producto agrícola como los tratamientos bioquímicos de las plantas, implementación de sistemas de polinización más eficaces, mejora o modificación de sus cualidades mediante experimentación en laboratorio para influir en el consumidor final u otras en ese sentido.

Las primeras instalaciones o estructuras vinculadas con el uso natural agrícola que se incorporan al suelo de manera fija, con cierta solidez para soportar cargas y pesos son las sencillas estructuras con cañas o varas usadas como tutores de la planta para que los tallos se enreden y se sostengan en altura y que el fruto no nazca en

desequilibrios territoriales como consecuencia de la pérdida de relevancia de la tipología de asentamientos rurales tradicionales.(...) En este juego del mercado internacional, donde la motivación por el beneficio constituye el principal objetivo, el aprovechamiento de las tierras fértiles y la orientación productiva que se les otorga, ha venido en ocasiones a contradecir los intereses locales o nacionales en aquellos países que han consolidado una modernización e integración de su sector agrario, según las nuevas pautas de producción surgidas. De tal forma han aparecido un buen número de comunidades locales-rurales que no han estado en condiciones de integrarse en este proceso totalmente y han quedado abocadas a un tipo de agricultura de subsistencia, orientada en ocasiones a mercados locales estacionales, por ejemplo cubriendo la debilidad del mercado en temporadas en que aumenta la población local residente (turismo, inmigración temporal, etc.). Este tipo de asentamiento rural está adquiriendo en esta década un futuro dudoso ante el envejecimiento progresivo de sus escasas poblaciones y la falta de continuidad generacional observada. Los desequilibrios territoriales que han aparecido en España como consecuencia de esta dinámica contradicen claramente el interés general y son fuente de múltiples problemas que tienen su última manifestación en el coste de mantenimiento de las grandes áreas metropolitanas y en otro extremo en el subdesarrollo de regiones periféricas. (...) El declive absoluto de ciertas regiones y áreas locales constituye una de las principales consecuencias negativas de este proceso cuya terminación aún está por vislumbrar». ALVAREZ-CIENFUEGOS RUIZ, F.J. Modernización y agricultura en España: algunas implicaciones territoriales. *Revista de Estudios Agrosociales*. 1988, núm. 145, págs. 225-243.

contacto con la tierra. Esos tutores se sostienen mediante un sencillo procedimiento de hincado en el terreno y atado con cuerdas o alambres. Estos entramados sencillos se elevan poco más de un metro de altura respecto a la tierra y visualmente pasan incluso desapercibidos entre los tallos, hojas y frutos de la planta. Frente a la temporalidad de esas simples estructuras, coincidente con el ciclo vital de la planta en cada temporada según el devenir de las estaciones, el agricultor buscará aminorar los costes intentando evitar la reiteración periódica del proceso de instalación de esos elementos auxiliares para que constituyan una instalación permanente en el tiempo. Esto exige la utilización de materiales duraderos a la intemperie en sustitución de las cañas o varas surgiendo así las estructuras de mayor enjundia formadas por elementos metálicos que por su mayor porte precisan una mayor sujeción al suelo; no basta ya el hincado manual en el suelo de las varas por el agricultor sino una cierta manipulación del terreno en su base: la cimentación o fundamento con garantías suficientes para soportar la estructura metálica que se creará por encima del nivel del terreno. Este avance en las características de los materiales empleados conlleva ya una percepción visual del entramado que ya es notable y se diferencia y destaca en el entramado natural que forma la propia planta. Se identifica así una distorsión en la perspectiva abierta o en el paisaje natural formado en origen solamente por el terreno y la plantación. Para poder modificar las condiciones ambientales en las que se cría la planta (como la temperatura o la radicación solar o la evaporación de la humedad o para evitar que la planta se vea afectada por vectores, insectos fundamentalmente, que pueden ocasionarle plagas) se incorporan al proceso del cultivo elementos flexibles que envuelven a las plantas creando las estructuras conocidas como invernaderos que delimitan el espacio de la parcela agrícola del exterior buscando un aislamiento controlado en función de las necesidades de la planta en cada momento del crecimiento del fruto. La construcción o instalación de invernaderos desde que se instalaron de manera experimental hace ya más de cincuenta años ha progresado de manera considerable; en sus inicios el invernadero se formaba con estructuras de postes de madera para soportar plásticos; en la actualidad la estructura es de mayor complejidad técnica. Si las originales podían crearse por el propio agricultor, de forma manual con el empleo de sencillas herramientas, en la actualidad esas estructuras son de mayor porte y altura y exigen una instalación profesionalizada (intervención de ingenieros para el cálculo de pesos, resistencias y secciones de materiales, planificación en proyecto arquitectónico, empleo de maquinaria para instalarlos...) configurando un invernadero al que se incorporan elementos técnicos y funcionales creados *ad hoc* para atender las necesidades del cultivo. Así configurados estos invernaderos crean un volumen cerrado y aislado del exterior que poca diferencia presentan respecto a las construcciones o edificaciones destinadas a procesos de almacenamiento o manipulación de grandes volúmenes (edificaciones con tipología de nave con amplios espacios diáfanos en su interior) salvo en lo que respecta al tipo

de material empleado para conformar los cierres laterales o la cubierta. Son instalaciones o estructuras que limitan el campo visual y la perspectiva abierta propia del campo e incluso que no permiten la observación de los cultivos desde el exterior.

El terreno natural constituye lo fundamental (lo principal) cuya existencia es responsable de la creación de la instalación auxiliar o vinculada (lo accesorio), el invernadero. Si el terreno que el agricultor aísla del exterior y protege mediante la construcción del invernadero no fuera tierra vegetal con sustratos y nutrientes en adecuada proporción para el cultivo de las plantas o tuviera características topográficas inadecuadas (excesiva pendiente, desniveles, quebradas, barrancos, terrenos pedregosos...) no se hubiera realizado en ese lugar la instalación. La razón última que fundamenta la elección de esa porción del territorio para realizar en ella la instalación estriba en las condiciones naturales del suelo, en la naturaleza del suelo (asociación con el PRUC). Esta relación de lo principal con lo accesorio no introduce ningún elemento discordante o forzado en la lógica argumental del mecanismo de vinculación de las ECIs con el uso natural. La tensión en esa relación empieza a aparecer en el caso de la incorporación al invernadero de sistemas compuestos por estructuras habilitadas por encima del nivel del suelo para sostener bandejas en las que desarrollar cultivos hidropónicos: recipientes conteniendo combinación de sustratos, agua y nutrientes en los que crecen las plantas sin contacto con el suelo. Estas bandejas hidropónicas pueden habilitarse en varios niveles o alturas desde el suelo separadas entre sí una distancia adecuada en función de las necesidades del concreto cultivo que se lleve a cabo. Estos sistemas de cultivo permiten el desarrollo de la planta con independencia de la idoneidad de la tierra vegetal que hay en el terreno, con independencia de la naturaleza del suelo. Las características edafológicas o incluso físicas del suelo no serán parámetros determinantes en la elección de aquel lugar por el agricultor. Incluso en ocasiones las atenciones que precisan los cultivos hidropónicos pueden exigir el tratamiento de la superficie del suelo natural del interior del invernadero con un pavimento que permita un mejor tránsito a pie o con vehículos rodados. Aquí la superficie útil de la parcela sufre una transformación que puede duplicar o triplicar la superficie del suelo dependiendo del número de niveles de las bandejas colocadas en altura. Esta evolución plasmada en la incorporación de un mayor número de elementos auxiliares o artificiales para desarrollar la actividad agrícola ha podido conformar finalmente un espacio cerrado por todos los vientos, con el suelo pavimentado en el que el terreno natural, la tierra vegetal o que conformaba en origen el territorio, no es visible no tiene importancia funcional, salvo, obviamente, que es la base en la que se desarrolla todo el proceso, como ocurre con

cualquier otra actividad del ser humano (hacer una casa, hacer una carretera, hacer deporte, pasear,...)³¹.

La progresiva incorporación de elementos auxiliares produce mejoras en la producción agrícola que conlleva un mayor rendimiento y mayor beneficio empresarial. Esta modalidad en el desarrollo de la agricultura se ha extendido con la denominación de agricultura intensiva. Esta intensividad aporta un factor novedoso respecto al normal rendimiento del suelo; ahora puede afirmarse que en puridad esta actividad agrícola no se desarrolla de conformidad con la naturaleza del suelo. El suelo en su estado natural, en un estado no alterado por efectos de las ECIs indicadas, no ofrecería esos rendimientos extraordinarios (que lo son en comparación con los rendimientos considerados normales o de frecuente producción en terrenos similares en los que no existan instalaciones como las descritas). Esta intensividad lleva implícita entonces un porcentaje de excepcionalidad, de no naturalidad, inducido por la artificialidad de los procesos que el hombre ha implementado en la actividad agrícola primigenia³².

³¹ Un análisis de las consecuencias del enarenado del suelo en invernaderos en el caso del poniente almeriense podemos verlo en: DE PABLO VALENCIANO, J. y MORALES PAYAN M.A, en LLEDÓ YAGÜE, F. y HERRERA CAMPOS, R. Agricultura ante el tercer milenio. Dykinson, 2002, pág. 359 y ss.: «La práctica común del enarenado aconseja utilizar 1000 m³ de arena para cubrir una Ha (la capa debe tener unos 10 cm. de altura). Esto se traduce en la eliminación de cientos de kilómetros de playas o deteriorarlas gravemente. (...) Resulta evidente que el agricultor no está concienciado con la problemática medioambiental y con sus consecuencias pero la Administración no queda en mejor lugar al permitir y tolerar estas prácticas habituales. (...) De esta forma podemos hablar de la existencia de “deseconomías externas” en el sentido que propone Samuelson, originada por la actividad agrícola. (...) Todo esto está ocasionando una fuerte regresión de suelo que puede traer consigo la desertización de una zona que ya por sí sola presenta los índices más altos de desertización de toda Europa».

³² «Casi todas las actividades económicas y humanas repercuten en la calidad del agua y del aire, en el estado del suelo, en la vegetación y fauna. En los últimos decenios la incorporación de nuevas tecnologías, elementos y prácticas de cultivo han ocasionado una rápida evolución en la agricultura, particularmente en la de regadío. Las nuevas tecnologías han originado rendimientos en los cultivos sin precedentes. Sin embargo, esta agricultura intensiva dominante en casi todos los países avanzados y de modo particular en la región mediterránea peninsular y archipiélagos ha llegado a un punto crítico en el cual muchos investigadores y técnicos empiezan a plantear y cuestionarse los beneficios inmediatos de un desarrollo agrícola productivista rápido e indiscriminado que, si bien aumentan sensiblemente la producción, incrementan acusadamente los gastos de explotación y degradan la calidad del suelo. Algunas transformaciones en regadío y un buen número de prácticas agrícolas ejercen importantes impactos negativos en el ambiente natural. (...) Hemos de señalar que la agricultura, tal y como se practica en el mundo industrial, y en los países europeos en particular es, en casi todas las explotaciones, intensiva o productivista. Esto significa que apunta hacia la explotación máxima del suelo para extraer el máximo rendimiento. La verdadera agricultura, la única, debería llamarse agricultura ecológica, ¿Por qué? Pienso que por varios motivos: primero, por el modo de obtención de los productos agrícolas. En segundo lugar, por el contenido de esos productos, en tercer lugar, por las consecuencias del consumo de esos productos y del modo de obtención de los mismos (...). Las medidas a adoptar para conseguir una agricultura mejor adaptada a su medio ambiente y a su espacio rural son, entre otras, la revalorización de la agricultura tradicional y autóctona, la diversificación

B. Respecto a los usos ganaderos

El libre pastoreo de los animales por el campo y el resguardo en cuevas o abrigos naturales durante la noche o ante inclemencias meteorológicas representaría la primigenia actividad ganadera asociada a los inicios del sedentarismo de la civilización. En la actualidad esta modalidad de crianza de animales es de difícil casuística. Las normas protectoras de los animales, su control sanitario y otras en ese sentido obligan a los ganaderos a la construcción de alojamientos, establos o apriscos para cobijo, descanso y estancia de los animales aún cuando el sistema de crianza sea el extensivo, el pastoreo.

La cuestión trascendente de las actividades ganaderas con repercusión en el PRUC, en el juicio de ajuste con la naturaleza del suelo, aparece cuando la crianza de los animales se desarrolla en ECIs, en su interior, en recintos en los que los animales viven de manera permanente realizando todos los procesos vitales: nacer, crecer, reproducirse, criar... En las instalaciones destinadas a la ganadería intensiva la disociación entre la naturaleza y características del suelo y la actividad se hace mucho más evidente que en el uso agrícola. En estas modalidades productivas el ganadero no elige el lugar para realizar la instalación en función de la idoneidad de los vegetales que se crían como pasto para los animales, para cada especie animal (avícola, porcina, ovina, caprina...). Tampoco influye en esa relación la suficiencia de la cantidad de pastos para alimentar a todos los animales que se críen en el interior de la instalación, ni tampoco el cumplimiento de la carga ganadera o relación entre la unidad ganadera mayor (UGM) y la unidad de superficie fijada por la normativa sectorial para que se considere una explotación extensiva y sostenible medioambientalmente. Todos los vínculos entre los animales y el suelo desaparecen por completo. Efectivamente el lugar en el que se crían los animales es una edificación realizada ad hoc distribuida interiormente en función de los parámetros establecidos en las normas sectoriales: relación de superficie de la edificación por número de animales, condiciones de ventilación o iluminación interior, existencia de dependencias para aislar a los animales en caso de enfermedad, condiciones de higiene, instalación para limpieza de estiércoles o evacuación de purines. Aquí el uso ganadero no mantiene ninguna relación con la naturaleza de la finca y se podrían obtener beneficios empresariales con una explotación ganadera intensiva de cerdos o con una de aves, por ejemplo, porque la bondad del terreno o su mayor o menor aptitud para el crecimiento de los vegetales no afecta al modo de crianza de los animales. En esta modalidad de crianza intensiva la cuestión relevante es determinar previamente si la Administración debe considerarlo un uso natural y por tanto autorizable siguiendo el procedimiento común u ordinario para el ejercicio del *ius aedificandi* en el campo o bien si debe conside-

de los cultivos, la potenciación de una cabaña ganadera propia y los usos controlados de los recursos naturales». APARICIO GRAU, J, en LLEDÓ YAGÜE, F. y HERRERA CAMPOS, R. (2002:69).

rarlo un uso excepcional por inexistencia del vínculo entre el uso y la naturaleza del suelo y en consecuencia autorizarlo siguiendo el procedimiento específico indicado por la ley urbanística sustantiva andaluza. Pero hasta tanto se mantenga vigente el PRUC la ley urbanística autonómica no tiene plena libertad para aplicar una política urbanística que persiga incluir estas modalidades agroganaderas dentro de la categoría de usos ordinarios porque se produciría un incumplimiento del art. 13 del TRLS2015, heredero del art. 15 del ya derogado Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

III. EL PRINCIPIO RECTOR URBANÍSTICO EN EL CAMPO DE ANDALUCÍA. CONFIGURACIÓN EN LA LEY 7/2002, DE 17 DE DICIEMBRE Y EN EL PROYECTO DE LEY DE IMPULSO PARA LA SOSTENIBILIDAD DEL TERRITORIO DE ANDALUCÍA

El gobierno andaluz ha manifestado su intención de modificar la ley urbanística (vigente todavía en Andalucía a fecha de redacción de este artículo), la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante LOUA). Su sustituta será, si la iniciativa legislativa culmina exitosamente, la Ley de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía (ya conocida entre los que nos relacionamos con la ciencia urbanística con la abreviatura «LISTA»), en la actualidad con la naturaleza jurídica de proyecto de ley³³. Se aborda en este epígrafe una comparativa entre la configuración del PRUC en la ley vigente y las innovaciones o modificaciones que incorporará la que la sustituirá.

1. La configuración del PRUC en la LOUA

En la región andaluza la regulación del *ius ussue* y del *ius aedificandi* en el suelo no urbanizable se establece en la LOUA, en concreto en los artículos 50 y 52 pertenecientes al capítulo II del título II (titulado «El régimen urbanístico del suelo»). El PRUC andaluz que se infiere de la LOUA no sufre variaciones relevantes en los elementos estructurales del principio ya enumerados. La expresión que sustenta el principio, «la conformidad con la naturaleza del suelo» aparece en el art. 50.B.a. que permite la realización de los actos que son precisos para la utilización y explotación agrícola y ganadera conforme a la naturaleza del suelo, que pueden denominarse actos naturales puesto que es precisamente esa relación o vinculación con la naturaleza del suelo la que permite que puedan desarrollarse. Pertenecen al contenido del

³³ Proyecto de Ley publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía núm. 603 de 25 de junio de 2021. Disponible en: [<https://www.http://www.parlamentodeandalucia.es/webdinamica/portal-web-parlamento/recursosdeinformacion/bopa.do>].

derecho de propiedad en el campo. Se precisa obtener licencia urbanística para la realización de las edificaciones, construcciones o instalaciones (materialización del *ius aedificandi* vinculado, en adelante se hará referencia a ellas como ECIs) que sean precisas para el desarrollo del uso natural, pero si los aprovechamientos agroganaderos se llevan a cabo sin necesidad de realizar esas ECIs entonces tienen la naturaleza de actos tolerados y así deben ser tratados por el planeamiento urbanístico de desarrollo de la ley, puesto que la condición citada en el art. 52.1.A (obras o instalaciones que no estén expresamente prohibidas por las normas) no afecta al derecho a usar, al *ius usus* natural. La tolerancia por la norma urbanística puede expresarse indicando que en el urbanismo andaluz son actos tolerados todos los usos naturales que no precisen materializar ECIs para su normal desarrollo.

Los aprovechamientos que no sean agrícolas, ganaderos, forestales, cinegéticos o análogos son aprovechamientos excepcionales. Pueden consistir en usos o en la realización de ECIs que también pueden adjetivarse como excepcionales o no naturales por no desarrollarse de conformidad con la naturaleza del terreno. La LOUA hace referencia a ellos en el art. 50.B.b y en el art. 52.1.C. La denominación de «excepcionales» trae causa del contenido del art. 52.5 que se refiere a ellos de ese modo; una denominación que resulta ser adecuada en este contexto para expresar su condición de extraños o alejados de la naturalidad propia de los aprovechamientos indicados. Evidentemente estos aprovechamientos excepcionales no forman parte del contenido del derecho de propiedad del suelo no urbanizable. La sociedad puede permitir que se realicen si concurren en esas actuaciones una utilidad pública o interés social. En Andalucía deben legitimarse, antes de tramitar la licencia urbanística, mediante la aprobación de un proyecto de actuación o plan especial cuyo contenido se indica en el artículo 42 de la LOUA y con la tramitación ad hoc establecida en el artículo 43.

2. La configuración del PRUC en la LISTA

El derecho de propiedad del suelo rústico (denominación que sustituye a la utilizada por la LOUA que es la de «suelo no urbanizable»), se contiene en su artículo 19:

Artículo 19. Derechos y deberes de la propiedad del suelo rústico.

1. El contenido urbanístico de la propiedad en suelo rústico comprende los derechos de disposición, uso, disfrute y explotación de los terrenos, lo que incluye los actos precisos para el desarrollo: a) De los usos ordinarios que, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, no se encuentren prohibidos por la ordenación territorial y urbanística, quedando sujetos a las limitaciones y requisitos impuestos por la legislación y planificación aplicables por razón de la materia.

b) De los usos extraordinarios que, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley, pudieran autorizarse en esta clase de suelo.

La definición de usos y actuaciones ordinarias se define en el art. 21:

Artículo 21. Actuaciones ordinarias.

1. Son usos ordinarios del suelo rústico los usos agrícolas, ganaderos, forestales, cinegéticos, mineros y cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales que no supongan la transformación de su naturaleza rústica, en los términos que se establezcan reglamentariamente. También son usos ordinarios del suelo rústico los vinculados al aprovechamiento hidráulico, a las energías renovables, los destinados al fomento de proyectos de compensación y de autocompensación de emisiones, actividades mineras, a las telecomunicaciones y, en general, a la ejecución de infraestructuras, instalaciones y servicios técnicos que necesariamente deban discurrir o localizarse en esta clase de suelo.

2. Se consideran actuaciones ordinarias:

a) Las obras, construcciones, edificaciones, viarios, infraestructuras, instalaciones y servicios técnicos que sean necesarios para el normal funcionamiento y desarrollo de los usos ordinarios del suelo rústico, incluyendo aquellas que demanden las actividades complementarias de primera transformación y comercialización de las materias primas generadas en la misma explotación que contribuyan al sostenimiento de la actividad principal, siempre que se acredite la unidad de la misma.

b) Las edificaciones destinadas a uso residencial que sean necesarias para el desarrollo de los usos ordinarios del suelo rústico, entre los que se incluyen los alojamientos para personas que desarrollen trabajos por temporada, conforme a los requisitos que se establezcan reglamentariamente.

(...).

El PRUC andaluz que se infiere de la LISTA introduce algunas modificaciones respecto al que se deriva de la ley del suelo estatal o de la LOUA. Sus elementos estructurales no han cambiado. Aunque el texto de la LISTA no incluye el parámetro «conformidad con la naturaleza del suelo» sí incluye en el art. 21.1 una expresión que tiene la misma finalidad: «*que no supongan la transformación de su naturaleza rústica*»; y digo que tiene la misma finalidad porque debemos recordar que debe interpretarse a la luz del contenido en este sentido del TRLS2015 que debe respetarse por el legislador autonómico por su condición de legislación básica.

La circunstancia más relevante es la ampliación del abanico de ECIs que deben entenderse como ordinarias que se contiene en el núm. 2 de ese art. 21. Nos referimos a:

a) ECIs en las que se puedan desarrollar las actividades complementarias de primera transformación y comercialización de las materias primas.

b) Edificaciones residenciales necesarias para el desarrollo de los usos ordinarios.

Al igual que ocurre con la LOUA, la LISTA dedica escaso contenido a la regulación de las actuaciones en el campo, en suelo rústico³⁴. Así se desprende no solamente de la regulación sustantiva contenida en el articulado sino de la especial atención a lo urbano, a la ciudad, al crecimiento de la ciudad, en detrimento del campo, de lo rural, de lo natural. Se sostiene aquí que esta apatía reguladora trae causa de la inadecuación del urbanismo como disciplina técnica frente a la ciencia agroganadera³⁵. De las intenciones del legislador andaluz expresadas en la exposición de motivos de la LISTA destaco los siguientes párrafos relevantes para la temática que se aborda en este artículo:

«Toda política rural debe buscar el logro de una mayor integración de su entorno, facilitando una relación de complementariedad con el medio urbano, fomentando en el medio rural un desarrollo sostenible y afrontando los retos de envejecimiento y despoblamiento en determinadas áreas. Para ello, uno de los objetivos es ampliar la base económica del medio rural mediante la preservación de actividades competitivas y multifuncionales, incorporando nuevas actividades compatibles con un desarrollo sostenible y con una limitada, pero no rechazable, función residencial. Los problemas originados por la normativa anterior en lo que respecta al mundo rural exigen una mejor regulación de los usos y del procedimiento para su autorización desde una perspectiva positiva, sin que deba excluirse una controlada y motivada función residencial que coadyuve a su desarrollo sostenible».

Lo cierto es que si realizamos un análisis comparado entre el contenido de los artículos 21 y 22 de la LISTA y el contenido homólogo de la LOUA observamos

³⁴ Tampoco la LOUA es muy concreta al respecto como ya han destacado otros autores: «Pues bien, la excesiva inconcreción de la LOUA en el régimen que se ha expuesto nos plantea algunos interrogantes no resueltos (...) ¿Qué debe entenderse por “explotación agrícola” por mera “utilización” a “fines agrícolas”? ¿Habilitaría la letra a) del artículo 52.1 para realizar obras e instalaciones que fueran precisas para el aprovechamiento primario del suelo rústico, esto es, garantizando que el mismo se destina al uso previsto por la norma, sin necesidad de que por ello exista una explotación rigurosa en términos de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias? ¿Cómo pueden definirse obras e instalaciones? ¿Y la letra b) del 52.1? ¿Cuál es el alcance del término “explotación”? (...) En definitiva, ¿son siempre y plenamente equiparables e identificables en la LOUA los conceptos urbanísticos «explotación», «utilización», «fines», agrícolas, ganaderos o forestales con la definición del artículo 2.2 de la citada ley 19/1995, de 4 de julio? ¿Queda por tanto vedada la posibilidad de que el planificador pueda legítimamente usar usos constructivos en predios rústicos sin la previa existencia de una explotación entendida como esa unidad organizada de bienes y derechos por un empresario para el ejercicio de la actividad agraria, con fines de mercado? Como decimos el margen de incertidumbre es y ha sido amplio todo este tiempo. Las respuestas a estas preguntas no han sido claras y los criterios municipales y autonómicos adoptados han sido muy dispares». LLAMAS INIESTA, J., (2016:8).

³⁵ Esta cuestión la he abordado de manera extensa en mi tesis doctoral (ver nota a pie de página, núm. 1) y de manera resumida en mi artículo titulado “El ordenamiento legislativo adecuado para la regulación y autorización del derecho a edificar vinculado con los usos agropecuarios” publicado en la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Año LII, núm. 32, septiembre- octubre 2019.

no una «mejor regulación» a la que hace referencia el legislador sino la inclusión, ex lege, de estas dos actuaciones en la categoría de actuaciones ordinarias del suelo rústico:

a) Las actividades complementarias de primera transformación y comercialización de las materias primas generadas en la misma explotación que contribuyan al sostenimiento de la actividad principal.

b) Las edificaciones destinadas a uso residencial que sean necesarias para el desarrollo de los usos ordinarios del suelo rústico, entre los que se incluyen los alojamientos para personas que desarrollen trabajos por temporada.

Debemos ser conscientes que la ley, por su necesaria generalidad (y con mayor motivo en una región tan extensa como la andaluza en los que los aprovechamientos agroganaderos que pueden obtenerse del suelo son muy distintos en función del lugar en el que exista la explotación), no puede regular con precisión todas las actuaciones en suelo rústico. Para ello está la figura normativa de los reglamentos complementarios. Resulta llamativo que, a pesar de la importancia del sector primario agroganadero en Andalucía, nuestra región no cuente con una ley de agricultura y ganadería. Pero rebajando esas expectativas puede ser de gran utilidad para los operadores urbanísticos municipales contar con un reglamento del suelo rústico. Sin embargo si se observa la exposición de motivos de la LISTA puede verse que las intenciones de legislador no parecen ir en ese sentido:

«Por otra parte, se considera necesario reducir la densidad normativa en urbanismo porque, de intensificarla, se reduciría en la misma proporción la competencia local para establecer una política urbanística propia. Esta operación de aligeramiento de la norma legal exige una adecuada planificación del desarrollo reglamentario que contenga la regulación propia de su rango normativo en el marco de las determinaciones y principios generales de la ley. En este sentido, se prevé la aprobación en el plazo de seis meses, desde la aprobación de esta ley, de los Reglamentos de Planeamiento y Gestión Urbanística, que acompañarán al ya vigente Reglamento de Disciplina Urbanística de nuestra Comunidad Autónoma, que deberá también adaptarse a esta Ley».

Como dice el refrán, «La cabra tira al monte»; el urbanismo es una disciplina idónea para otras tareas administrativas que mantienen una mayor relación con la ciudad, con el suelo urbano. El legislador de la LISTA sigue manifestando una implícita pereza para abordar la regulación del suelo rústico andaluz a través de un reglamento que nos ayude a nosotros, a los operadores urbanísticos municipales en nuestra labor diaria (en especial en los pequeños municipios de Andalucía en los que la actividad edificatoria en suelo urbano es escasa o nula pero es cada vez más creciente en los entornos rústicos); da prioridad a la elaboración de un reglamento para

la ciudad (el de Planeamiento y Gestión Urbanística) pero nada apunta respecto al necesario reglamento del suelo rústico.

Tampoco esa mejora a la que hace referencia la LISTA se concreta en una cuestión relevante en lo que respecta a la relación entre el *ius usus* y el *ius aedificandi* asociado que bajo el principio jurídico de «*accessorium sequitur principale*» impregna el mecanismo relacional entre la facultad del uso y la facultad de edificar. Es cierto que la letra c) del artículo 20, con respecto a las actuaciones en suelo rústico, dice con meridiana claridad:

«Quedarán vinculadas al uso que justifica su implantación, debiendo ser proporcionadas a dicho uso y adecuadas al entorno rural donde se ubican».

Sin embargo la LISTA no contiene ninguna indicación respecto al procedimiento que debe seguirse para establecer esa vinculación, de manera que una vez que deje de usarse de manera natural u ordinaria el suelo entonces las ECIs seguirán existiendo porque ninguna obligación tiene su propietario de acometer el desmontaje o demolición; ¿con qué usos estarían vinculadas a partir de ese momento? La vinculación entre el *ius aedificandi* y el *ius usus* (que constituye uno de los elementos estructurales del PRUC como he indicado antes) no cumplirá su función ante la falta del preciso mecanismo jurídico que anude los dos derechos del propietario. Esta anomalía tiene las siguientes consecuencias que no pueden pasar inadvertidas:

a) La existencia en el suelo rústico de edificaciones abandonadas o sin uso reconocido; una anomalía que produce extrañeza pero que sucede en el momento en el que ya no se desarrolla en una finca el uso natural que fue el que justificó y demandó la existencia de una ECI que nació vinculada a ese uso y que precisamente esa vinculación fue la razón principal de su autorización. Similar circunstancia ocurre en los casos de cambios de uso del suelo entre los considerados ordinarios (agrícolas, ganaderos, forestales, cinegéticos, mineros...).

b) En el caso de las edificaciones destinadas a uso residencial que sean necesarias para el desarrollo de los usos ordinarios y los alojamientos para personas que desarrollen trabajos por temporada el cese del uso ordinario va a motivar la pervivencia de esa clase de edificaciones en suelo rústico. Nada impedirá que sus propietarios puedan usarlas para el uso permitido que es el residencial, aunque en aquel lugar ya no se obtengan aprovechamientos naturales del terreno. Es difícil encontrar diferencias sustanciales entre una edificación residencial en la que viven campesinos y una edificación residencial en la que viven amantes de los entornos rurales: ambas precisan satisfacer las necesidades del ser humano con similar distribución e instalaciones: cocina, comedor, aseo, dormitorio...

Esto debiera corregirse porque atenta a los fines de la ordenación territorial y urbanística establecidos en el artículo 3 de la LISTA: consolidar un territorio equilibrado, cohesionado y sostenible; vincular los usos y transformación del suelo, sea cual fuere su titularidad, a la utilización racional y sostenible de los recursos naturales, asegurando la adecuación e integración paisajística de las actuaciones urbanísticas.

A. Ampliación del elenco de actuaciones ordinarias

La LISTA opta por ampliar el abanico de actuaciones que deben considerarse ordinarias. Esta opción del legislador merece algunas anotaciones que desarrollamos brevemente.

La regulación del *ius aedificandi* agrario comienza a perder su natural relación con el principio rector urbanístico en el campo a medida que la ley detalla o concreta la regulación de actuaciones que deben considerarse incluidas en la categoría de ordinarias. Autorizar o denegar determinadas actuaciones solamente porque se consideren, *ex lege*, ordinarias o extraordinarias conlleva sus riesgos. El reparto o distribución de actuaciones entre las que deben considerarse autorizables, admitidas o prohibidas parten de una razón o principio cuya motivación última no reside en la ciencia urbanística, sino en la ciencia que disciplina la actividad natural: agraria, ganadera, forestal, cinegética o similar. No puede ser competente la ciencia urbanística para considerar que, por ejemplo, una edificación en la que se desarrollará un uso que implique transformación de los productos naturales obtenidos del campo deba o no considerarse adscrita al sector primario o vinculada con la naturaleza del suelo o en definitiva integrante del *ius aedificandi* agrario. La regulación de este asunto tiene un marcado carácter pluridisciplinar, transversal, que implica a grandes sectores económicos y que afecta a otras realidades con mayor calado que el urbanismo.

Aquí las administraciones territoriales que ostenten las competencias en la ordenación y organización de la ciencia agrícola y ganadera deben ser las que establezcan (atendiendo a determinados principios contenidos en leyes pertenecientes a otro sector normativo o científico) cuando una concreta actuación (un concreto uso con su correspondiente *ius aedificandi* agrario vinculado) tiene mayor cercanía o proximidad al sector primario o debe considerarse actuación íntima o directamente vinculada o relacionada con los usos naturales del suelo, en definitiva con la agricultura o con la ganadería. Si se detecta en la sociedad la necesidad de fomentar el desarrollo de determinadas zonas rurales asentando a la población en torno a una determinada actividad agrícola o ganadera, que por ejemplo evite la despoblación, entonces debe ser la ciencia agrícola o la ganadera la que legisle e impute un mayor o menor porcentaje a una determinada actuación con el sector primario, con la naturaleza del suelo, con la explotación natural del suelo. Es preciso que el tratamiento y regulación de las actuaciones, de las características propias de cada actuación, se realice por la

ciencia adecuada. Y es preciso que en esa labor se tengan en cuenta, entre otros, los mandatos constitucionales de atender a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles o dispensar un tratamiento especial a la zonas de montaña. En definitiva implementar políticas económicas que precisarán, para que resulten efectivas, dotar de coherencia al sistema legislativo evitando que una ciencia nacida para ordenar procesos propios de la ciudad, limite mediante la clasificación del suelo de un término municipal las posibilidades de generar riqueza agrícola, riqueza ganadera, en definitiva riqueza social y bienestar de la población.

El artículo 21 de la LISTA que indica las actuaciones que se consideran ordinarias precisa ciertas aclaraciones; posiblemente el instrumento adecuado para esa labor no sea la ley, sino, como ya se ha apuntado, un reglamento del suelo rústico. Desde la perspectiva de los operadores urbanísticos municipales van a surgir, con toda probabilidad, dudas razonables a la hora de enjuiciar si determinadas ECIs cumplen las condiciones legales; a saber: discernir si se trata de actividades complementarias de primera transformación y comercialización; si esas actividades, además, son complementarias de las materias primas generadas en la explotación; si contribuyen al sostenimiento de la actividad principal; si se acredita la unidad de la misma,... Para dar satisfactoria respuesta a estas cuestiones se precisaría recurrir a otras disciplinas, al Derecho agroganadero o al Derecho mercantil. Aquí el operador urbanístico a la hora de emitir el juicio de ajuste a la normativa en el trámite de concesión o denegación de la licencia urbanística no solamente debe comprobar un parámetro matemático (por ejemplo el cumplimiento del índice de ocupación de parcela o el retranqueo a linderos, o la altura o el número de plantas,...) sino que debe realizar previamente una labor tendente a conocer las características económicas o productivas de la explotación y evaluar si las ECIs que el promotor desea realizar son efectivamente necesarias para el normal funcionamiento. La LISTA tampoco aborda la cuestión relativa a la necesaria preexistencia del *ius usus* natural que es el que puede demandar el ejercicio del *ius aedificandi* materializado en ECIs: ¿debe estar desarrollándose previamente el uso? Aquí se ha argumentado que el PRUC así lo exige. Parece lógico que la necesidad de edificar aparezca con posterioridad a la existencia del efectivo ejercicio de un uso natural que merezca denominarse «explotación»; porque si se argumenta que sin ECIs no puede iniciarse el desarrollo efectivo del uso entonces podría construirse una edificación destinada a uso residencial sin que aún se conozca la entidad y necesidades de la explotación; de la explotación que aún no ha dado comienzo y que por avatares desconocidos quizá nunca llegue a existir; se recuerda la inexistencia de un mecanismo jurídico que anude la vinculación entre ambos derechos y que permita instar la demolición o desmontaje de los actos

subsumibles en el *ius aedificandi* si finalmente no prospera el ejercicio del uso natural (cultivar, pastorear,...). Quizá deba sopesarse la necesidad de incorporar en estos casos un informe de la Consejería andaluza competente en materia agroganadera.

IV. CONCLUSIÓN

La observación de que concurre la conformidad de una actuación con la naturaleza del suelo conlleva analizar parámetros que no son propios de la ciencia urbanística; es necesario manejar conceptos de otro sector normativo; estas cuestiones son propias de otra disciplina, del Derecho agrario. Pero ni la LOUA ni la LISTA han previsto en el procedimiento para autorizar ECIs en el campo la incorporación de un informe de la Administración con competencias en la materia agraria o ganadera que coadyuve al ayuntamiento a adoptar la decisión más ajustada a Derecho. La Ley 19/1975, de 2 de mayo, de Reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana fue la última que obligaba a la Administración municipal a observar los planes o normas de la Administración con más idoneidad técnica para decidir respecto a la proporción y necesidad de edificar las ECIs en función de los aprovechamientos naturales del suelo. En las leyes del suelo estatales posteriores a la de 1975 el urbanismo se va configurando como una disciplina autosuficiente y autónoma para regular los usos y aprovechamientos del suelo rústico o suelo no urbanizable sin recurrir al auxilio de otros ordenamientos normativos agrícolas o ganaderos, aunque en mi opinión en la región andaluza el contenido de la LOUA es muy genérico a este respecto y el contenido de la LISTA no parece que sea de mayor precisión; quizá el legislador andaluz confió en la pronta aprobación de un reglamento del suelo rústico que ayude al operador urbanístico municipal a adoptar la decisión más ajustada a Derecho posible, en especial en el momento de imputarle a la ECI solicitada por el promotor la naturaleza de actuación ordinaria o extraordinaria.

Todos estos parámetros que intervienen en la vinculación del *ius aedificandi* con los usos agrícolas y ganaderos en el campo andaluz merecen ser acotados a través de una norma que regule de manera sistemática y coherente las actuaciones relacionadas con esos sectores económicos. Llama la atención que aún no exista esa norma en Andalucía que con 87599 kilómetros cuadrados es la segunda región española de mayor extensión territorial. Tiene una superficie total de explotaciones agrícolas de más de cinco millones y medio de hectáreas, la segunda región después de Castilla y León. Es la primera región con mayor número de explotaciones agrarias: más de doscientas cuarenta mil (ciento veintitrés mil más que la segunda región: Castilla-La Mancha) y más de un millón y medio de unidades ganaderas (la cuarta región espa-

ñola con mayor número)³⁶. Es la tercera región con mayor porcentaje de población activa en el sector de la agricultura con un 9,7 % (Extremadura con el 11,8 % y Región de Murcia con el 10,8 % se sitúan por delante)³⁷.

La iniciativa del legislador autonómico reflejada en el proyecto de ley de agricultura y ganadería de Andalucía que decayó por avatares políticos y fin de legislatura en octubre de 2018 contiene previsiones que modifican la tradicional relación entre los usos agrícolas y ganaderos y el *ius aedificandi* vinculado, como son las declaraciones de zonas de protección agraria o la sujeción de las infraestructuras rurales y las actividades agrarias y agroindustriales a lo dispuesto en esa ley *non nata*.

Analizar en el trámite de concesión de licencia si una actividad es complementaria de primera transformación o de comercialización, o si concurren las tres condiciones para que se entienda que concurre la complementariedad que se citan en la LISTA y en consecuencia autorizar o denegar la ECI que permita ejercer esa actividad exige el manejo de conceptos y conocimientos propios del mundo agrario o ganadero. Nos encontramos ante un *ius aedificandi* agrario de naturaleza distinta al *ius aedificandi* urbano. Los nexos de unión de las ECIs agrarias o ganaderas con el suelo no son del mismo tipo que los existentes entre edificaciones residenciales en entornos urbanos. La regulación del *ius aedificandi* agrario sujetándolo exclusivamente a parámetros heredados de procesos y herramientas propios de la ciencia urbanística útiles en ámbitos urbanos como índices de ocupación o edificabilidades y que parten de la relación entre la superficie de suelo y la superficie de edificación es una regulación incapaz de dar una adecuada respuesta al principio de proporcionalidad o al PRUC, al principio de utilización del campo conforme a su naturaleza que se establece tanto en la ley estatal como en la vigente LOUA y en la futura LISTA. Una ley de agricultura y ganadería andaluza pero en su defecto un reglamento del suelo rústico andaluz devendría de gran utilidad para los operadores urbanísticos municipales en la tramitación de autorizaciones para ejercer el derecho a edificar vinculado con los usos agrícolas y ganaderos en el campo andaluz.

³⁶ Fuente: SIMA. Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía. Junta de Andalucía [consulta: 14 de septiembre de 2021].

³⁷ Fuente: INE. Datos referidos al cuarto trimestre del año 2019 [consulta: 14 de febrero de 2020].

V. BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ-CIENFUEGOS RUIZ, F. J. Modernización y agricultura en España: algunas implicaciones territoriales. *Revista de Estudios Agrosociales*. 1988, núm. 145, págs. 225-243.

APARICIO GRAU, J, en LLEDÓ YAGÜE, F. y HERRERA CAMPOS, R. *Agricultura ante el tercer milenio*. Dykinson, 2002.

BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La propiedad constitucional: El estatuto jurídico del suelo agrario*. Cívitas, 1988.

BARREDA BARBERÁ, J. *La ordenación jurídica del suelo no urbanizable*. España: Tirant Lo Blanch, 2008.

CABALLERO LOZANO, J.M. en MUÑIZ ESPADA, E. *Un marco jurídico para un medio rural sostenible*. Madrid: Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, 2011, (pág. 31 y ss.).

CARRETERO GARCÍA, A. *Empresa agraria y profesionales de la agricultura en el derecho español y comunitario*. Granada: Comares, 2003. Comares Monografías.

DE PABLO VALENCIANO, J. y MORALES PAYAN M.A, en LLEDÓ YAGÜE, F. y HERRERA CAMPOS, R. *Agricultura ante el tercer milenio*. Dykinson, 2002.

GÓMEZ ROSSI, M. J. 2016. *Actuaciones en suelo no urbanizable* [en línea]. Tesis doctoral. Universidad de Sevilla. Disponible en: <http://hdl.handle.net/11441/36387>.

GUTIERREZ COLOMINA, V., “Régimen del suelo no urbanizable. Las actuaciones de interés público”, en SÁNCHEZ GOYANES, E. et al. *Derecho urbanístico de Andalucía*. 2ª ed. Madrid: La Ley, 2006.

LLAMAS INIESTA, J. Perspectivas y preocupaciones sobre el suelo no urbanizable en los pequeños municipios andaluces. Visión «ex ante»: la cuestión de los usos. Óptica «ex post»: regularización de la edificación ilegal según el decreto 2/2012. *Revista digital CEMCI*. 2016, núm. 32.

LÓPEZ BENÍTEZ, M., y PIZARRO NEVADO, R., en *Derecho urbanístico de Andalucía*. ARANA GARCÍA, E. et al. . Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

MACHACÓN DÍAZ, F. J. Construcciones y viviendas agrarias en suelo rural: la “vinculación” al uso natural del suelo como elemento determinante para su autorización. *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*. 2013, núm. 123, págs. 28 y ss.

ABREVIATURAS UTILIZADAS:

LISTA:	Ley de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía Proyecto de Ley publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía núm. 603 de 25 de junio de 2021
ECI (ECIs):	Edificación, construcción e instalación
ECLI:	Identificador europeo de jurisprudencia
Fj:	Fundamento jurídico
LISTA:	Proyecto de Ley de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía
LMEA:	Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias. BOE de 5 de julio de 1995, núm. 159
LOUA:	Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. BOJA de 31 de diciembre de 2002, núm. 154
LS56:	Ley de 12 de mayo de 1956, sobre régimen del suelo y ordenación urbana. BOE de 14 de mayo de 1956, núm.135
PRUC:	Principio rector urbanístico en el campo
RDUa:	Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de de la Comunidad Autónoma de Andalucía. BOJA de 7 de abril de 2010, núm. 66
STC 227/1988:	Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre
STC 37/1987:	Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 3 de julio
STC 61/1997:	Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo
TRLS2015:	Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. BOE de 31 de octubre de 2015, núm. 261

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de la Unión Europea

Año 2021 *

I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

En lo que se refiere a los Asuntos Generales de la Unión Europea, se adopta el Reglamento por el que se establece la Reserva de Adaptación al Brexit (DOUE L357, 8.10.2021, p. 1), se establecen los importes provisionales asignados a cada Estado miembro con cargo a los recursos de la Reserva de Adaptación al Brexit y el importe mínimo de la ayuda a las comunidades costeras locales y regionales (DOUE L362, 12.10.2021, p. 3). Se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto creado por 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 en lo que respecta a la adopción de una decisión de modificación del Acuerdo (DOUE L372, 20.10.2021, p. 16), la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Comité Mixto creado por 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, con respecto a la modificación de la decisión por la que se establece una lista de veinticinco personas dispuestas y capaces para ejercer como miembros del panel de arbitraje previsto en el Acuerdo (DOUE L372, 20.10.2021, p. 20).

Se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2019/570 en lo que respecta a las capacidades de almacenamiento de rescEU en el ámbito de los incidentes químicos, biológicos, radiológicos y nucleares (DOUE L385, 29.10.2021, p. 35), y se decide la creación y organización de la Red de Conocimientos sobre Protección Civil de la Unión (DOUE L399, 11.11.2021, p. 1).

En los Asuntos Institucionales en este cuatrimestre de 2021, se establecen criterios para definir la duración de la prohibición de acceso a los locales de la Comisión de personas que constituyen una amenaza para la seguridad (DOUE L292, 16.08.2021, p.27), se prorroga de nuevo la excepción temporal al Reglamento interno del Consejo establecida mediante la Decisión (UE) 2020/430, habida cuenta de

* Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO, Catedrática de Derecho Internacional Público. Universidad Pablo Olavide. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOUE, series L y C, durante los meses de agosto a noviembre de 2021.

las dificultades para viajar como consecuencia de la pandemia de COVID-19 en la Unión (DOUE L344, 29.09.2021, p. 5; DOUE L427, 30.11.2021, p. 194).

Se nombra al director de la Autoridad para los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas (DOUE L277, 2.08.2021, p. 145), se nombra a dos abogados generales del Tribunal de Justicia (DOUE L319, 10.09.2021, p. 4), se nombra a un juez del Tribunal General (DOUE L319, 10.09.2021, p. 5), se nombra a dos jueces del Tribunal General (DOUE L368, 18.10.2021, p. 4).

También se nombra a un suplente del Comité de las Regiones, propuesto por el Reino de España, D. Adrián Ariel Zittelli Ferrari, Director General de Unión Europea de la Región de Murcia (DOUE L282, 5.08.2021, p. 34), a dos suplentes del Comité de las Regiones, propuestos por el Reino de España, D. José Francisco Herrera Antonaya, Director General de Cooperación con el Estado y la Unión Europea, Comunidad de Madrid; D. Sergio Pérez García, Director General de Acción Exterior, Gobierno de Navarra, (DOUE L372, 20.10.2021, p. 14), a un miembro y un suplente del Comité de las Regiones, propuestos por el Reino de España, D.^a Victòria Alsina i Burgués, Consejera de Acción Exterior y Gobierno Abierto, Gobierno de la Generalitat de Cataluña, y D. Gerard Martí Figueras i Alba, Secretario de Acción Exterior del Gobierno, Gobierno de la Generalitat de Cataluña (DOUE L410, 18.11.2021, p. 178). Se decide sobre el nombramiento de la presidenta de la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) (DOUE L369, 19.10.2021, p. 9).

Se adopta el Reglamento interno del Comité de Vigilancia de la OLAF (DOUE L308, 1.09.2021, p. 66), se nombra a los miembros del comité para ayudar a la Comisión en la selección de candidatos para el desempeño de las funciones de miembros de los tribunales internacionales de inversiones (DOUE L339, 24.09.2021, p. 123), y se modifica la Decisión (PESC) 2017/824 relativa al Estatuto del personal del Centro de Satélites de la Unión Europea (DOUE L372, 20.10.2021, p. 24).

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 L385, 29.10.2021, p. 1), se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2015/2446 en lo que respecta a determinadas disposiciones relativas al origen de las mercancías (DOUE L396, 10.11.2021, p. 10), se suspenden temporalmente los derechos autónomos del arancel aduanero común para las importaciones de determinados productos industriales a las Islas Canarias (DOUE L420, 25.11.2021, p. 1).

Y se adoptan varios reglamentos de ejecución relativos a la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada (DOUE L294, 17.08.2021, p. 1; DOUE L294, 17.08.2021, p. 5; DOUE L294, 17.08.2021, p. 8; DOUE L294, 17.08.2021, p. 11; DOUE L368, 18.10.2021, p. 1).

En materia de Política Comercial Común, como suele ser habitual, se celebran y modifican tratados internacionales. Así se decide la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea respecto a la adopción de una decisión, mediante procedimiento escrito, por parte de los participantes en el Acuerdo en materia de créditos a la exportación con apoyo oficial en relación con la revisión del Acuerdo sectorial sobre créditos a la exportación de proyectos de generación de electricidad a partir de carbón que figura en el anexo VI de dicho Acuerdo (DOUE L389, 4.11.2021, p. 21), se autoriza la apertura de negociaciones con Argentina, Australia, Canadá, Corea del Sur, Costa Rica, Estados Unidos, India, Israel, Japón, Nueva Zelanda y Túnez con miras a la celebración de acuerdos sobre el comercio de productos ecológicos (DOUE L306, 31.08.2021, p. 2), se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité de Comercio creado por el Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia, el Perú y Ecuador, por otra, en lo que respecta a las modificaciones de los apéndices 2, 2A y 5 del anexo II de dicho Acuerdo (DOUE L396, 10.11.2021, p. 56).

El Comité de Comercio UE-Colombia-Perú-Ecuador, modifica las Decisiones n.º 1/2014, n.º 2/2014, n.º 3/2014, n.º 4/2014 y n.º 5/2014, para tener en cuenta la adhesión de Ecuador al Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia, el Perú y Ecuador, por otra, y actualizar las listas de árbitros y expertos en Comercio y Desarrollo Sostenible [2021/1488] (DOUE L328, 16.09.2021, p. 107), el Comité Mixto UE- Noruega, decide la modificación del Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y el Reino de Noruega, mediante la sustitución de su Protocolo n.º 3 relativo a la definición del concepto de «productos originarios» y a los métodos de cooperación administrativa [2021/1905] (DOUE L395, 9.11.2021, p. 1), el Comité Mixto CE-Dinamarca/Islas Feroe, decide la modificación del Acuerdo entre la Comunidad Europea, por una parte, y el Gobierno de Dinamarca y el Gobierno local de las Islas Feroe, por otra, mediante la sustitución de su Protocolo n.º 3 relativo a la definición de la noción de «productos originarios» y a los métodos de cooperación administrativa [2021/1906] (DOUE L395, 9.11.2021, p. 84) y el Comité Mixto UE-Suiza, decide la modificación del Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y la Confederación Suiza, mediante la sustitución de su Protocolo n.º 3 relativo a la definición de la noción de «productos originarios» y a los métodos de cooperación administrativa [2021/1859] (DOUE L403, 15.11.2021, p. 1).

Se suspenden medidas de política comercial relativas a determinados productos originarios de los Estados Unidos de América impuestas por los Reglamentos de Ejecución (UE) 2018/886 y (UE) 2020/502 (DOUE L426, 29.11.2021, p. 41), se modifican el Reglamento de Ejecución (UE) 2021/442 y el Reglamento de Ejecución (UE) 2021/521, relativos al mecanismo por el que se supeditan determinados productos a la presentación de una autorización de exportación (DOUE L345, 30.09.2021, p. 34), se adopta un reglamento por el que determinadas vacunas y principios activos utilizados para la fabricación de esas vacunas se someten a la vigilancia de las exportaciones (DOUE L421, 26.11.2021, p. 52), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1517 por el que se establecen las normas de aplicación de determinadas disposiciones del Reglamento (UE) 2018/581 del Consejo, por el que se suspenden temporalmente los derechos autónomos del arancel aduanero común sobre determinadas mercancías destinadas a ser incorporadas o utilizadas en aeronaves (DOUE L391, 5.11.2021, p. 43).

También se modifica el Reglamento (UE) n.º 142/2011 en lo que respecta a las condiciones para la exportación de determinados abonos y enmiendas del suelo de origen orgánico que contengan materiales de la categoría 2 (DOUE L394, 9.11.2021, p. 4), se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2020/760 en lo que respecta a la gestión y las cantidades de determinados contingentes arancelarios para Argentina y se corrige dicho Reglamento en lo que respecta a sus disposiciones transitorias (DOUE L394, 9.11.2021, p. 1) y la Comisión adopta una Recomendación relativa a los programas internos de cumplimiento para los controles de la investigación relacionada con productos de doble uso en virtud del Reglamento (UE) 2021/821 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un régimen de la Unión de control de las exportaciones, el corretaje, la asistencia técnica, el tránsito y la transferencia de productos de doble uso (DOUE L338, 23.09.2021, p. 1).

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 Internacional de Cereales en relación con la modificación de la definición de «cereal» o «cereales» que figura en el Convenio sobre el Comercio de Cereales de 1995 (DOUE L359, 11.10.2021, p. 103), la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Consejo Internacional del Azúcar en relación con la prórroga del Convenio Internacional del Azúcar de 1992 (DOUE L373, 21.10.2021, p. 90), la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Consejo Internacional del Azúcar en relación con las modificaciones del Convenio Internacional del Azúcar de 1992 y su calendario de aplicación (DOUE L374, 22.10.2021, p.

49), 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 una norma comercial aplicable a los aceites de oliva y los aceites de orujo de oliva (DOUE L411, 19.11.2021, p. 40).

Se establece, para el año 2021, una excepción a lo dispuesto en el artículo 75, apartado 1, párrafo tercero, del Reglamento (UE) n.º 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al nivel de los anticipos de los pagos directos y las medidas de desarrollo rural relacionadas con la superficie y los animales (DOUE L282, 5.08.2021, p. 3), se fijan, para el ejercicio contable de 2022 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 L301, 25.08.2021, p. 6), 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 L413, 19.11.2021, p. 10), se modifica el Reglamento Delegado (UE) n.º 907/2014 en lo que respecta a la gestión financiera (DOUE L289, 12.08.2021, p. 6), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 908/2014 en lo que se refiere a la gestión financiera (DOUE L289, 12.08.2021, p. 9).

Se adopta un reglamento relativo al reembolso, con arreglo al artículo 26, apartado 5, del Reglamento (UE) n.º 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de los créditos prorrogados del ejercicio financiero de 2021 (DOUE L427, 30.11.2021, p. 162), se modifican los Reglamentos de Ejecución (UE) 2020/761 y (UE) 2020/1988 en lo relativo a las cantidades que pueden importarse en el marco de determinados contingentes arancelarios (DOUE L302, 26.08.2021, p. 1).

También se modifica el anexo II del Reglamento (UE) 2018/848 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos de llevanza de registros destinados a los operadores en el ámbito de la producción ecológica (DOUE L334, 22.09.2021, p. 1), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/977 en lo que se refiere al período de aplicación de las medidas temporales en relación con los controles de la producción de productos ecológicos (DOUE L288, 11.08.2021, p. 21), se completa el Reglamento (UE) 2018/848 del Parlamento Europeo y del Consejo con normas sobre la información que deben enviar los terceros países y las autoridades y organismos de control a efectos de la supervisión de su reconocimiento, de conformidad con el artículo 33, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) n.º 834/2007 del Consejo, en relación con los productos ecológicos importados, y sobre las medidas que deben adoptarse en el ejercicio de esa supervisión (DOUE L292, 16.08.2021, p.20), complementa el Reglamento (UE) 2018/848 del Parlamento Europeo y del Consejo con requisitos de procedimiento para el reconocimiento de autoridades de control y

organismos de control competentes para llevar a cabo controles de los operadores y grupos de operadores certificados ecológicos y de productos ecológicos en terceros países así como con normas sobre su supervisión y los controles y otras acciones que han de realizar dichas autoridades de control y organismos de control (DOUE L336, 23.09.2021, p. 79), se establecen determinadas normas relativas al certificado expedido a los operadores, grupos de operadores y exportadores de terceros países que intervienen en las importaciones de productos ecológicos y en conversión en la Unión y por el que se establece la lista de autoridades de control y organismos de control reconocidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2018/848 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L297, 20.08.2021, p. 24), se modifica el Reglamento (UE) 2018/848 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los criterios para el reconocimiento de las autoridades y organismos de control competentes para llevar a cabo controles de los productos ecológicos en terceros países, y para la retirada de este reconocimiento (DOUE L336, 23.09.2021, p. 3), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/723 en lo que atañe a la información y los datos sobre producción ecológica y etiquetado de los productos ecológicos que deben presentarse utilizando el modelo de formulario normalizado (DOUE L396, 10.11.2021, p. 17).

Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/1793, 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.º 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L387, 3.11.2021, p. 78) y se adopta un reglamento relativo a los programas nacionales de control plurianuales para los residuos de plaguicidas que deben establecer los Estados miembros (DOUE L291, 13.08.2021, p.120).

El Reglamento (CE) n.º 396/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo se modifica reiteradamente por lo que respecta a los límites máximos de residuos de las sustancias, así se modifican los anexos II, III y IV en lo relativo a los límites máximos de residuos del aclonifén, la acrinatrina, *Bacillus pumilus* QST 2808, el etirimol, el pentiopirad, el picloram y *Pseudomonas* sp., cepa DSMZ 13134, ya sea en la superficie o en el interior de determinados productos (DOUE L330, 20.09.2021, p. 44), el anexo por lo que se refiere a las hojas de rábano (DOUE L356, 8.10.2021, p. 30), el anexo II en lo relativo al límite máximo de residuos de bentazona en los guisantes con vaina (DOUE L364, 13.10.2021, p. 1), los anexos II, III y IV en lo relativo a los límites máximos de residuos de acibenzolar-S-metilo, extracto acuoso de semillas germinadas de *Lupinus albus* dulce, azoxistrobina, clopiralida, ciflufenamida, fludioxonil, fluopiram, fosetil, metazacloro, oxatiapiprolina, tebufenozida y tiabendazol en determinados productos (DOUE L365, 14.10.2021, p. 1), el anexo II en lo relativo a los límites máximos de residuos de ciprodinilo en los mirtilos gigantes, los

arándanos, las grosellas y las grosellas espinosas (DOUE L366, 15.10.2021, p. 2), los anexos II y III en lo relativo a los límites máximos de residuos de 6-benciladenina y aminopirralida en determinados productos (DOUE L373, 21.10.2021, p. 63), los anexos II y III en lo relativo a los límites máximos de residuos de flupiradifurona y ácido difluoroacético en determinados productos (DOUE L373, 21.10.2021, p. 76), los anexos II, III y V en lo relativo a los límites máximos de residuos de amisulbrom, flubendiamida, meptildinocap, metaflumizona y propineb en determinados productos (DOUE L377, 25.10.2021, p. 3), los anexos II y III en lo relativo a los límites máximos de residuos de imidacloprid en determinados productos (DOUE L380, 27.10.2021, p. 5), el anexo en lo que respecta a los límites máximos de residuos de clorantniliprol en las leguminosas secas (DOUE L382, 28.10.2021, p. 39) y se corrige el Reglamento (CE) n.º 396/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que respecta a los límites máximos de residuos de terbutilazina en determinados productos (DOUE L361, 12.10.2021, p. 43).

En la regulación por productos, vegetales, cereales, hortícolas, en relación con el Reglamento (UE) 2019/1009 del Parlamento Europeo y del Consejo, se modifican los anexos II y IV con el fin de añadir las sales de fosfato precipitadas y sus derivados como categoría de materiales componentes en los productos fertilizantes UE (DOUE L427, 30.11.2021, p. 120), los anexos II, III y IV con el fin de añadir los materiales de oxidación térmica y sus derivados como categoría de materiales componentes en los productos fertilizantes UE (DOUE L427, 30.11.2021, p. 130), los anexos II, III y IV con el fin de añadir los materiales de pirólisis y gasificación como categoría de materiales componentes en los productos fertilizantes UE (DOUE L427, 30.11.2021, p. 140), se modifican, para adaptarlos al progreso técnico, los anexos I, II, III y IV por el que se establecen disposiciones relativas a la puesta a disposición en el mercado de los productos fertilizantes UE (DOUE L356, 8.10.2021, p. 8).

Se amplía la duración de la protección comunitaria de las obtenciones vegetales para variedades de la especie *Asparagus officinalis* L. y de los grupos de especies de bulbos de flores, pequeños frutos de plantas leñosas y plantas ornamentales leñosas (DOUE L378, 26.10.2021, p. 1), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/2019 en lo que respecta a determinados vegetales para plantación de *Ficus carica* L. y *Persea americana* Mill. originarios de Israel, se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/1213 en lo que respecta a las medidas fitosanitarias para la introducción de esos vegetales para plantación en el territorio de la Unión y se corrige este último Reglamento de Ejecución (DOUE L396, 10.11.2021, p. 27).

Se fijan los derechos de importación aplicables a determinadas clases de arroz descascarillado a partir del 8 de septiembre de 2021 (DOUE L317, 8.09.2021, p. 8), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1239 en lo que atañe al im-

porte de la garantía y al período de validez de los certificados de exportación de arroz (DOUE L321, 13.09.2021, p. 16), se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2016/1237 en lo que atañe a la obligación de certificado de exportación en el caso del arroz (DOUE L321, 13.09.2021, p. 18).

Se modifica el anexo VI del Reglamento de Ejecución (UE) 2019/2072 en lo que respecta a la introducción en la Unión de patatas de consumo procedentes de Bosnia y Herzegovina, Montenegro y Serbia, y por el que se derogan las Decisiones de Ejecución 2012/219/UE y (UE) 2015/1199 (DOUE L421, 26.11.2021, p. 28).

Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/600 en lo que atañe a las excepciones al Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1150 para hacer frente a la crisis ocasionada por la pandemia de COVID-19 en el sector vitivinícola (DOUE L355, 7.10.2021, p. 3), se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2019/33 en lo que respecta a la modificación de los términos tradicionales del sector vitivinícola (DOUE L297, 20.08.2021, p. 16), se corrige el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/600 en lo que respecta a una excepción a lo dispuesto en el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1150 en lo que se refiere a las modificaciones de los programas nacionales de apoyo en el sector vitivinícola (DOUE L359, 11.10.2021, p. 98), se corrige el Reglamento de Ejecución (UE) 2021/78 en lo que respecta a una excepción a lo dispuesto en el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1150 prevista en el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/600, en lo que se refiere a las modificaciones en los programas nacionales de apoyo en el sector vitivinícola (DOUE L359, 11.10.2021, p. 100), se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2020/592, en lo que atañe a determinadas excepciones de carácter temporal del Reglamento (UE) n.º 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo para hacer frente a las perturbaciones del mercado en el sector vitivinícola ocasionadas por la pandemia de COVID-19 y su período de aplicación (DOUE L415, 22.11.2021, p. 1), se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2020/884, en lo que atañe a las excepciones al Reglamento Delegado (UE) 2016/1149 para hacer frente a la crisis ocasionada por la pandemia de COVID-19 en el sector vitivinícola, y por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2016/1149 (DOUE L415, 22.11.2021, p. 4).

Igualmente se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 543/2011 en lo que atañe a las normas de comercialización en el sector de las frutas y hortalizas (DOUE L384, 29.10.2021, p. 23). se homologan los controles de conformidad con las normas de comercialización de frutas y hortalizas efectuados por el Reino Unido y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 543/2011, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n.º 1234/2007 del Consejo en los sectores de las frutas y hortalizas y de las frutas y hortalizas transformadas (DOUE L393, 8.11.2021, p. 9).

Se modifican los anexos I y II de la Directiva 66/402/CEE del Consejo en lo relativo a los requisitos aplicables a las semillas de trigo híbrido producidas mediante androesterilidad citoplasmática (DOUE L393, 8.11.2021, p. 13), se modifica el Reglamento (CE) n.º 1597/2002 en lo que respecta al formato para la presentación de las listas nacionales de los materiales de base de los materiales forestales de reproducción (DOUE L288, 11.08.2021, p. 19).

Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/1201 en lo que respecta a las listas de vegetales hospedantes y vegetales especificados y a los análisis para la identificación de *Xylella fastidiosa* (DOUE L332, 21.09.2021, p. 6), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/1191, sobre medidas para evitar la introducción y propagación en la Unión del virus rugoso del tomate (ToBRFV) (DOUE L365, 14.10.2021, p. 41).

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 L339, 24.09.2021, p. 62; DOUE L384, 29.10.2021, p. 105; DOUE L421, 26.11.2021, p. 22).

Además se modifican los anexos XIV y XV del Reglamento (UE) n.º 142/2011 en lo relativo a la importación en la Unión y el tránsito por ella de subproductos animales y productos derivados (DOUE L384, 29.10.2021, p. 84), se modifica el Reglamento Delegado (UE) n.º 640/2014 en lo que atañe a las normas en materia de sanciones en virtud de regímenes de ayuda por animales o medidas de apoyo relacionadas con los animales (DOUE L305, 31.08.2021, p. 6).

Se renueva la autorización de comercialización de los piensos y los productos distintos de los alimentos y los piensos que contengan o estén compuestos por la colza oleaginosa modificada genéticamente GT73 (MON-ØØØ73-7), con arreglo al Reglamento (CE) n.º 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L300, 24.08.2021, p. 4), se modifican los anexos II, IX y XV del Reglamento de Ejecución (UE) 2021/405 en lo que respecta a las listas de terceros países, o regiones de los mismos, autorizados a introducir en la Unión carne fresca de solípedos silvestres, productos de la pesca procedentes de la acuicultura e insectos, y se corrige el anexo XI de dicho Reglamento de Ejecución en lo que respecta a la lista de terceros países y regiones de los mismos autorizados a introducir en la Unión ancas de rana y caracoles (DOUE L288, 11.08.2021, p. 28), se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) 2016/429 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las exenciones de las obligaciones de registro de los establecimientos de acuicultura y de conservación de documentos de los operadores (DOUE L416, 23.11.2021, p. 80), se modifican los anexos V, XIV y XV del Reglamento de Ejecución (UE) 2021/404

en lo que respecta a las entradas correspondientes a Botsuana en las listas de terceros países desde los que se autoriza la entrada en la Unión de partidas de aves de corral, productos reproductivos de aves de corral, y carne fresca y productos cárnicos de aves de corral y aves de caza (DOUE L334, 22.09.2021, p. 9), los anexos V y XIV en lo que respecta a las entradas correspondientes al Reino Unido en las listas de terceros países desde los que se autoriza la entrada en la Unión de partidas de aves de corral, productos reproductivos de aves de corral y carne fresca de aves de corral y aves de caza (DOUE L402, 15.11.2021, p. 60; DOUE L415, 22.11.2021, p. 20), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2021/404 en lo que respecta a la entrada en la Unión de partidas de moluscos y crustáceos destinados a ser mantenidos con fines ornamentales en instalaciones cerradas y se establece la lista de terceros países o territorios y zonas o compartimentos de ellos desde los que está autorizada la entrada en la Unión de tales partidas (DOUE L396, 10.11.2021, p. 36), se modifica y corrige el Reglamento de Ejecución (UE) 2021/404 de la Comisión, por el que se establecen las listas de terceros países, territorios, o zonas de estos, desde los que se permite la entrada en la Unión de animales, productos reproductivos y productos de origen animal de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/429 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L345, 30.09.2021, p. 1), se modifican los Reglamentos de Ejecución (UE) 2020/2235, (UE) 2020/2236, (UE) 2021/403 y (UE) 2021/404 en lo que respecta a la ampliación del período transitorio para la utilización de certificados zoosanitarios, certificados zoosanitarios-oficiales y certificados oficiales necesarios para la entrada de determinadas partidas en la Unión (DOUE L288, 11.08.2021, p. 48).

Se establecen excepciones a las normas relativas a la prueba de origen previstas en el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/761 y aplicables a determinados contingentes arancelarios de importación de carne de aves de corral y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/761 en lo que atañe a las cantidades de queso disponibles para los certificados de exportación a los Estados Unidos de América (DOUE L303, 27.08.2021, p. 4), se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2020/692, que completa el Reglamento (UE) 2016/429 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo referente a las normas para la entrada en la Unión, y para el desplazamiento y la manipulación tras la entrada, de las partidas de determinados animales, productos reproductivos y productos de origen animal (DOUE L339, 24.09.2021, p. 40). Se modifica y corrige el Reglamento Delegado (UE) 2020/688, por el que se completa el Reglamento (UE) 2016/429 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo referente a los requisitos zoosanitarios para los desplazamientos dentro de la Unión de animales terrestres y de huevos para incubar (DOUE L339, 24.09.2021, p. 56), se completa el Reglamento (UE) n.º 576/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas para los desplazamientos sin ánimo comercial de

aves de compañía a un Estado miembro desde un territorio o un tercer país (DOUE L396, 10.11.2021, p. 4), y se establece el modelo de documento de identificación para los desplazamientos sin ánimo comercial de aves de compañía a un Estado miembro desde un territorio o un tercer país y se deroga la Decisión 2007/25/CE (DOUE L396, 10.11.2021, p. 47), y se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2020/692 en lo relativo a los requisitos zoonosanitarios para la entrada en la Unión de productos de origen animal contenidos en productos compuestos (DOUE L339, 24.09.2021, p. 29).

Por otra parte, se autorizan: el quelato de manganeso de lisina y ácido glutámico como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L307, 1.09.2021, p. 12), el L-triptófano producido por *Escherichia coli* KCCM 80210 como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L426, 29.11.2021, p. 1), la L-valina producida por *Corynebacterium glutamicum* CGMCC 7.366 como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L426, 29.11.2021, p. 5), el monoclóhidrato de L-histidina monohidrato producido por fermentación con *Escherichia coli* NITE SD 00268 como aditivo en piensos para todas las especies animales excepto los peces de aleta (DOUE L426, 29.11.2021, p. 23), el 5'-guanilato disódico como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L427, 30.11.2021, p. 169), la L-lisina base, el monoclóhidrato de L-lisina y el sulfato de L-lisina como aditivos en piensos para todas las especies animales (DOUE L427, 30.11.2021, p. 179) y se deniega la autorización del dióxido de titanio como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L427, 30.11.2021, p. 160).

Se autorizan: la fitomenadiona como aditivo en la alimentación de caballos (DOUE L304, 30.08.2021, p. 5), el diformato de potasio como aditivo en piensos para cerdos de engorde y lechones destetados (DOUE L427, 30.11.2021, p. 166), el endo-1,4-beta-xilanasas producida por *Trichoderma reesei* CBS 143953 como aditivo en piensos para todas las especies de aves de corral, cerdos de engorde, lechones y todas las especies porcinas menores (titular de la autorización: Danisco (UK) Ltd, representado en la Unión por Genencor International B.V.) (DOUE L427, 30.11.2021, p. 187), el preparado de ácido benzoico, formiato de calcio y ácido fumárico como aditivo en piensos para pavos de engorde y pavos criados para la reproducción (titular de la autorización: Novus Europe NV) (DOUE L427, 30.11.2021, p. 190), un preparado de *Bacillus licheniformis* DSM 28710 como aditivo en la alimentación de gallinas ponedoras, especies menores de aves de corral ponedoras, especies de aves para cría y aves ornamentales (titular de la autorización: Huvepharma NV) (DOUE L304, 30.08.2021, p. 8), el *Clostridium butyricum* FERM BP-2789 como aditivo en la alimentación de pollitas para puesta, pavos de engorde, pavos criados para la reproducción, especies menores de aves (excepto aves de puesta), lechones destetados y especies porcinas menores destetadas, su autorización para pollos de engorde, lechones lactantes y especies porcinas menores lactantes, y por el que se derogan los Re-

glamentos de Ejecución (UE) n.º 373/2011, (UE) n.º 374/2013 y (UE) n.º 1108/2014 (titular de la autorización: Miyarisan Pharmaceutical Co. Ltd, representado en la unión por Huvepharma NV Belgium) (DOUE L304, 30.08.2021, p. 11), el preparado de *Bacillus velezensis* CECT 5940 como aditivo en piensos para pavos de engorde, pavos criados para reproducción, especies menores de aves de corral para engorde y criadas para reproducción y aves ornamentales (excepto para reproducción) (titular de la autorización: Evonik Operations GmbH) (DOUE L420, 25.11.2021, p. 16), un preparado de *Bacillus velezensis* PTA-6507, *Bacillus velezensis* NRRL B-50013 y *Bacillus velezensis* NRRL B-50104 como aditivo en piensos para pavos de engorde (titular de la autorización: Danisco Animal Nutrition, representado por Genencor International B.V.) (DOUE L420, 25.11.2021, p. 19), el clorhidrato de amprolio (COXAM) como aditivo en piensos para pollos de engorde y pollitas criadas para puesta (titular de la autorización: HuvePharma NV) (DOUE L418, 24.11.2021, p. 13), el decoquinato (Deccox y Avi-Deccox 60G) como aditivo en piensos para pollos de engorde (titular de la autorización: Zoetis Belgium SA) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1289/2004 (DOUE L427, 30.11.2021, p. 173), el quelato de citrato de hierro (III) como aditivo en la alimentación de lechones y especies porcinas menores (titular de la autorización: Akeso Biomedical, Inc. USA, representado en la Unión por Pen & Tec Consulting SLU) (DOUE L304, 30.08.2021, p. 14), la muramida producida por *Trichoderma reesei* DSM 32338 como aditivo en la alimentación de lechones destetados (titular de la autorización: DSM Nutritional Products Ltd., representado en la Unión por DSM Nutritional Products Sp.Z.o.o) (DOUE L309, 2.09.2021, p. 5), la endo-1,4-beta-xilanasas producida por *Bacillus subtilis* LMG-S 15136 como aditivo en la alimentación de cerdas lactantes (titular de la autorización: Beldem, división de Puratos NV) (DOUE L304, 30.08.2021, p. 18), se renueva la autorización de un preparado de *Enterococcus faecium* DSM 7134 como aditivo en la alimentación de pollos de engorde y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 998/2010 (titular de la autorización: Lactosan GmbH & Co KG) (DOUE L307, 1.09.2021, p. 9), y se corrige el Reglamento de Ejecución (UE) 2021/422 relativo a la autorización de un preparado de *Enterococcus faecium* DSM 7134 como aditivo de piensos para gallinas ponedoras (titular de la autorización: Lactosan GmbH & Co KG) (DOUE L304, 30.08.2021, p. 21).

Se modifica el anexo IV del Reglamento (CE) n.º 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la prohibición de alimentar a animales de granja no rumiantes, distintos de los animales de peletería, con proteínas derivadas de animales (DOUE L295, 18.08.2021, p. 1), se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2019/624 en lo que respecta a la certificación en caso de sacrificio en la explotación de procedencia (DOUE L307, 1.09.2021, p. 1), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/2235 en lo que respecta a la adición de un nuevo modelo de

certificado para los productos de origen animal que sean originarios de la Unión, se desplacen a un tercer país o territorio y vuelvan a desplazarse a la Unión tras su descarga, almacenamiento y nueva carga en ese tercer país o territorio, por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2021/404 en lo que respecta a la lista de terceros países autorizados a introducir en la Unión productos de origen animal originarios de la Unión y que retornan a ella procedentes de un tercer país o territorio y por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2021/405 en lo que respecta a la lista de terceros países o regiones de los mismos autorizados a introducir en la Unión productos de origen animal y determinadas mercancías originarias de la Unión y que retornan a ella procedentes de un tercer país o región (DOUE L321, 13.09.2021, p. 21).

También se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/627 en lo que respecta a las disposiciones prácticas uniformes para la realización de controles oficiales de los productos de origen animal (DOUE L339, 24.09.2021, p. 84), se completa el Reglamento (UE) 2017/625 del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que respecta a los supuestos y las condiciones en que las autoridades competentes pueden designar como laboratorios oficiales a laboratorios que no cumplan las condiciones en relación con todos los métodos que utilicen para realizar los controles oficiales y otras actividades oficiales (DOUE L291, 13.08.2021, p. 20), se modifica el Reglamento (UE) 2017/625 en lo que respecta a los controles oficiales de animales y productos de origen animal exportados de terceros países a la Unión para garantizar el cumplimiento de la prohibición de determinados usos de los antimicrobianos, y el Reglamento (CE) n.º 853/2004 en lo relativo al suministro directo de carne procedente de aves de corral y lagomorfos (DOUE L357, 8.10.2021, p. 27).

Se imponen condiciones especiales a la importación de piensos y alimentos originarios de Japón, o expedidos desde este país, a raíz del accidente en la central nuclear de Fukushima, y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/6 (DOUE L330, 20.09.2021, p. 72), se modifican y corrigen los Reglamentos de Ejecución (UE) 2020/2235 y (UE) 2020/2236 en lo que respecta a las referencias a las medidas nacionales para limitar el impacto de determinadas enfermedades de los animales acuáticos y a las listas de terceros países, territorios o zonas de estos desde los que se permite la entrada en la Unión de animales y mercancías (DOUE L326, 15.09.2021, p. 1), se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2019/2122 en lo que respecta a determinadas categorías de mercancías que plantean escaso riesgo, a las mercancías que forman parte del equipaje personal de los pasajeros y a los animales de compañía exentos de controles oficiales en los puestos de control fronterizos, y por el que se modifican dicho Reglamento Delegado y el Reglamento Delegado (UE) 2019/2074 en lo que respecta a las referencias a determinados actos legislativos derogados (DOUE L427, 30.11.2021, p. 149), se modifica el anexo VIII del Reglamento

(UE) n.º 142/2011 en lo que respecta al modelo de certificado sanitario para los desplazamientos de partidas de subproductos animales procedentes de zonas restringidas establecidas para la prevención y el control de determinadas enfermedades de la lista (DOUE L336, 23.09.2021, p. 42).

Se modifica el anexo II del Reglamento de Ejecución (UE) 2021/620 en lo relativo al estatus de libre de enfermedad de las Comunidades Autónomas de Galicia y Principado de Asturias, en España, con respecto a la infección por el complejo *Mycobacterium tuberculosis*; que modifica su anexo VIII en lo relativo al estatus de libre de enfermedad de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, las provincias de Huelva y Sevilla y las regiones de Azuaga, Badajoz, Jerez de los Caballeros, Mérida y Zafra, en la provincia de Badajoz, en España, así como la región de Alentejo y el distrito de Santarém, en la región de Lisboa e Vale do Tejo, en Portugal, con respecto a la infección por el virus de la lengua azul; que modifica su anexo IX en lo relativo al estatus de libre de enfermedad de Aland, en Finlandia, con respecto a la infestación por *Varroa* spp., y que modifica su anexo XIII en lo relativo al estatus de libre de enfermedad de Dinamarca y Finlandia con respecto a la necrosis hematopoyética infecciosa (DOUE L388, 3.11.2021, p. 2).

El anexo I del Reglamento de Ejecución (UE) 2021/605, por el que se establecen medidas especiales de control de la peste porcina africana se modifica reiteradamente (DOUE L294, 17.08.2021, p. 14; DOUE L313, 6.09.2021, p. 35; DOUE L342, 27.09.2021, p. 5; DOUE L361, 12.10.2021, p. 4; DOUE L374, 22.10.2021, p. 12; DOUE L390, 4.11.2021, p. 1; DOUE L411, 19.11.2021, p. 3), así como el anexo de la Decisión de Ejecución (UE) 2021/641, sobre medidas de emergencia en relación con los brotes de gripe aviar de alta patogenicidad en determinados Estados miembros (DOUE L285, 9.08.2021, p. 1; DOUE L300, 24.08.2021, p. 70; DOUE L316, 7.09.2021, p. 1; DOUE L328, 16.09.2021, p. 4; DOUE L358, 8.10.2021, p. 1; DOUE L379, 26.10.2021, p. 53; DOUE L390, 4.11.2021, p. 3).

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 posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea, para el período 2021-2026, en el Comité Especializado en Pesca establecido por el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra (DOUE L355, 7.10.2021, p. 135), y la celebración, en nombre de la Unión, del Acuerdo de colaboración de pesca sostenible entre la Unión Europea, por una parte, y el Gobierno de Groenlandia y el Gobierno

de Dinamarca, por otra, y de su Protocolo de aplicación (DOUE L418, 24.11.2021, p. 1).

En relación con el Régimen general de la pesca y flotas pesqueras, se complementa el Reglamento (UE) 2021/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece el Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2017/1004, mediante el establecimiento de los criterios para el cálculo de los costes adicionales en que incurrir los operadores por la pesca, la cría, la transformación y la comercialización de determinados productos de la pesca y la acuicultura de las regiones ultraperiféricas (DOUE L402, 15.11.2021, p. 1).

En lo que se refiere a la protección del medio marino y cuotas generales de pesca, se adopta un reglamento relativo al reparto de las posibilidades de pesca establecidas en el Protocolo de aplicación del Acuerdo de Colaboración de Pesca Sostenible entre la Unión Europea y la República Islámica de Mauritania (2021-2026) (DOUE L421, 26.11.2021, p. 1), se decide la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión durante las consultas anuales con el Reino Unido para acordar los totales admisibles de capturas (DOUE L378, 26.10.2021, p. 6), se modifica el Reglamento (UE) 2019/440, relativo al reparto de las posibilidades de pesca en virtud del Acuerdo de colaboración de pesca sostenible entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos y de su Protocolo de aplicación (DOUE L349, 4.10.2021, p. 1).

Se corrige el Reglamento Delegado (UE) 2019/2201 en lo que respecta a determinadas disposiciones de aplicación de las vedas en tiempo real de las pesquerías de camarón boreal en el Skagerrak (DOUE L325, 15.09.2021, p. 1), se fijan, para 2021, las posibilidades de pesca aplicables a determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces en el mar Mediterráneo y el mar Negro (DOUE L407, 17.11.2021, p. 1), se establecen, para 2022, las posibilidades de pesca de determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces en el mar Báltico, y se modifica el Reglamento (UE) 2021/92 en lo que respecta a determinadas posibilidades de pesca en otras aguas (DOUE L384, 29.10.2021, p. 1), se establece el cierre de las pesquerías de gallinetas en la zona NAFO 3M para los buques que enarbolan el pabellón de un Estado miembro de la Unión Europea (DOUE L297, 20.08.2021, p. 18), se completa el Reglamento (UE) 2016/1139 en lo que respecta a las especificaciones relativas a la obligación de desembarque del salmón en el mar Báltico para el período 2021-2023 (DOUE L305, 31.08.2021, p. 3), se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2020/2014, por el que se detallan las disposiciones de aplicación de la obligación de desembarque en determinadas pesquerías del mar del Norte para el período 2021-2023 (DOUE L421, 26.11.2021, p. 4), se modifica y corrige el Reglamento Delegado (UE) 2020/2015, por el que se detallan las disposiciones de aplicación de la obliga-

ción de desembarque en determinadas pesquerías de las aguas occidentales para el período 2021-2023 (DOUE L421, 26.11.2021, p. 6).

Se completa el Reglamento (UE) n.º 1380/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al establecimiento de una exención de minimis de la obligación de desembarque para determinadas pesquerías demersales en el mar Adriático y en el mar Mediterráneo sudoriental (DOUE L421, 26.11.2021, p. 9), se establece un plan de descartes para la pesca del rodaballo en el Mar Negro (DOUE L421, 26.11.2021, p. 14), se completa el Reglamento (UE) 2019/1022 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los detalles de la aplicación de la obligación de desembarque de determinadas poblaciones demersales en el Mediterráneo occidental durante el período 2022-2024 (DOUE L421, 26.11.2021, p. 17), se prorroga una excepción a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n.º 1967/2006 del Consejo en lo concerniente a la distancia mínima de la costa, a la profundidad marina mínima y a la prohibición de faenar en los hábitats protegidos para la pesca con jábegas en aguas territoriales de Croacia (DOUE L353, 6.10.2021, p. 6), se efectúan deducciones de las cuotas de pesca disponibles para determinadas poblaciones en 2021 debido a la sobrepesca practicada en años anteriores (DOUE L305, 31.08.2021, p. 10), y se añaden a las cuotas de pesca de 2021 determinadas cantidades retenidas en el año 2020 de conformidad con el artículo 4, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 847/96 del Consejo (DOUE L339, 24.09.2021, p. 65).

En lo que se refiere a los buques que enarbolan pabellón de España, se modifica y se corrige el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 185/2013 en lo relativo a deducciones de las cuotas de pesca asignadas a España para 2023 (DOUE L393, 8.11.2021, p. 1) y se prorroga una excepción a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n.º 1967/2006 del Consejo en lo concerniente a la distancia mínima de la costa y la profundidad marina mínima para la pesca de lanzones (*Gymnammodytes cicerelus* y *G. semisquamatus*) y góbidos (*Aphia minuta* y *Crystallogobius linearis*) con redes de tiro desde embarcación en determinadas aguas territoriales de España (Cataluña) (DOUE L342, 27.09.2021, p. 1).

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 decide la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Comité Especializado en Coordinación de la Seguridad Social establecido por el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, en lo que respecta a la adopción de una decisión que

modifica los anexos del Protocolo relativo a la coordinación de la seguridad social (DOUE L339, 24.09.2021, p. 89) y el Consejo adopta una decisión relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DOUE L379, 26.10.2021, p. 1).

VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En relación al Derecho de Establecimiento y Libre prestación de Servicios, se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2015/35 en lo que respecta a la integración de los riesgos de sostenibilidad en la gobernanza de las empresas de seguros y reaseguros (DOUE L277, 2.08.2021, p. 14), se modifican los Reglamentos Delegados (UE) 2017/2358 y (UE) 2017/2359 en lo que respecta a la integración de los factores, los riesgos y las preferencias de sostenibilidad en los requisitos de control y gobernanza de los productos aplicables a las empresas de seguros y los distribuidores de seguros, y en las normas de conducta y de asesoramiento en materia de inversión relativas a los productos de inversión basados en seguros (DOUE L277, 2.08.2021, p. 18), 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 junio de 2021 y 29 de septiembre de 2021 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 L291, 13.08.2021, p. 24).

Se establecen normas técnicas de ejecución que modifican el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1800 en lo que respecta a la asignación de las evaluaciones de crédito de las agencias de calificación externas a una escala objetiva de grados de calidad crediticia, de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L407, 17.11.2021, p. 18), 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 2021 y 30 de diciembre de 2021 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 L400, 12.11.2021, p. 52), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/2070, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con las plantillas, definiciones y soluciones informáticas que han de utilizar las entidades al informar a la Autoridad Bancaria Europea y a las autoridades competentes, de conformidad con el artículo 78, apartado 2, de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L412, 19.11.2021, p. 1), y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/2070 en lo que respecta

a las carteras de referencia y las plantillas e instrucciones que deben aplicarse en la Unión a efectos de la comunicación de información conforme al artículo 78, apartado 2, de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L424, 26.11.2021, p. 1).

VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

En el ámbito de la Política de Transportes y en relación con sus aspectos internacionales, se decide la firma en nombre de la Unión Europea del Acuerdo Euromediterráneo de Aviación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Túnez, por otra (DOUE L303, 27.08.2021, p. 1), se adoptan las Enmiendas al Convenio aduanero relativo al transporte internacional de mercancías al amparo de los cuadernos TIR (Convenio TIR de 1975) — De conformidad con las Notificaciones del Depositario de la ONU C.N.157.2021.TREATIES-XI.A.16 y C.N.268.2021.TREATIES-XI.A.16, las siguientes enmiendas al Convenio TIR entrarán en vigor el 1 de septiembre de 2021 para todas las Partes contratantes (DOUE L331, 20.09.2021, p. 1), se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Director Regional de la Comunidad del Transporte en relación con la creación de un Comité Técnico sobre Transporte Acuático y Multimodalidad (DOUE L348, 1.10.2021, p. 27), la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en la 15.ª Asamblea General de la Organización Intergubernamental para los Transportes Internacionales por Ferrocarril (OTIF) (DOUE L351, 4.10.2021, p. 1), se decide la celebración, en nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Corea sobre determinados aspectos de los servicios aéreos (DOUE L363, 12.10.2021, p. 1 y 3), se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, y la aplicación provisional del Acuerdo entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, relativo a una zona común de aviación (DOUE L387, 3.11.2021, p. 1 y 3), la firma, en nombre de la Unión, y la aplicación provisional del Acuerdo sobre transporte aéreo entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Estado de Qatar, por otra (DOUE L391, 5.11.2021, p. 1 y 3). Y el Comité Mixto creado por el Acuerdo sobre una zona de aviación común entre la Unión Europea y sus Estados miembros y la República de Moldavia, sustituye el anexo III del Acuerdo sobre una zona de aviación común entre la Unión Europea y sus Estados miembros y la República de Moldavia [2021/2042] (DOUE L419, 24.11.2021, p. 34).

En cuanto al régimen general de la Política de Transportes, se especifican las necesidades de infraestructura aplicables a determinadas categorías de acciones de infraestructura de doble uso con arreglo al Reglamento (UE) 2021/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L288, 11.08.2021, p. 37).

En relación a los transportes aéreos, se modifica el Reglamento (UE) n.º 1321/2014 en lo que respecta a los sistemas de gestión de la seguridad en las organizaciones de mantenimiento y por el que se corrige dicho Reglamento (DOUE L400, 12.11.2021, p. 18), se modifica y corrige el Reglamento (UE) n.º 965/2012 en lo que respecta a los requisitos de planificación y gestión de combustible/energía y a los requisitos sobre los programas de apoyo, la evaluación psicológica de las tripulaciones de vuelo y los controles de sustancias psicoactivas (DOUE L282, 5.08.2021, p. 5), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/373 en lo que respecta a los requisitos de información y los canales de información entre organizaciones y a los requisitos aplicables a los servicios meteorológicos (DOUE L289, 12.08.2021, p. 12), se modifica el Reglamento (CEE) n.º 95/93 del Consejo en lo que respecta a la prórroga de las medidas de flexibilización temporal de las normas de utilización de las franjas horarias debido a la crisis de la COVID-19 (DOUE L384, 29.10.2021, p. 20), se modifica el Reglamento (CE) n.º 474/2006 en lo que respecta a la lista de las compañías aéreas cuya explotación queda prohibida o sujeta a restricciones dentro de la Unión (DOUE L421, 26.11.2021, p. 31).

Y se establecen las disposiciones de ejecución del Reglamento (UE) n.º 376/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al sistema europeo común de clasificación de riesgos (DOUE L426, 29.11.2021, p. 32).

En el sector de los transportes por carretera, se completa la Directiva 2014/94/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que respecta a las normas aplicables a los puntos de recarga para autobuses eléctricos (DOUE L313, 6.09.2021, p. 1).

En cuanto al transporte marítimo y fluvial, buques, se modifican los anexos I y II de la Directiva (UE) 2016/1629 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la modificación de la lista de vías navegables interiores de la Unión y las prescripciones técnicas mínimas aplicables a las embarcaciones (DOUE L284, 9.08.2021, p. 1) y se decide sobre el reconocimiento del Hrvatski Registar Brodova (Registro Croata de Matrículas de Buques) como sociedad de clasificación de buques de navegación interior de conformidad con la Directiva (UE) 2016/1629 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L284, 9.08.2021, p. 17).

En lo que se refiere al transporte ferroviario, se modifica el Reglamento (UE) 2020/2222 para prorrogar el período de validez de los certificados de seguridad y las licencias de empresas ferroviarias que operen a través de la conexión fija del canal de la Mancha (DOUE L339, 24.09.2021, p. 1), y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/764 sobre las tasas y cánones que deben abonarse a la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea y sus condiciones de pago (DOUE L387, 3.11.2021, p. 126).

Finalmente, en el ámbito del transporte de mercancías peligrosas, se modifica la Directiva 2008/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el transporte terrestre de mercancías peligrosas para autorizar determinadas excepciones nacionales (DOUE L312, 3.09.2021, p. 3).

VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

En los ámbitos generales de la Política de competencia, se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/1382, que modifica determinados Reglamentos por los que se imponen medidas antidumping o antisubvenciones sobre determinados productos siderúrgicos sujetos a medidas de salvaguardia (DOUE L352, 5.10.2021, p. 1).

En lo que se refiere a derechos compensatorios y antidumping, se establece un derecho compensatorio definitivo sobre las importaciones de determinada trucha arco iris originaria de Turquía (DOUE L281, 4.08.2021, p. 4), un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de biodiésel originario de los Estados Unidos de América (DOUE L277, 2.08.2021, p. 34), derechos compensatorios definitivos sobre las importaciones de biodiésel originario de los Estados Unidos de América (DOUE L277, 2.08.2021, p. 62), un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de monoetilenglicol originario de los Estados Unidos de América y del Reino de Arabia Saudí (DOUE L402, 15.11.2021, p. 17).

En relación con la República Popular de China, se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinados alambres y cordones de alambre de acero sin alcar de pretensado y postensado (alambres y cordones para hormigón pretensado) (DOUE L309, 2.09.2021, p. 8), un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinados cítricos preparados o conservados (mandarinas, etc.) (DOUE L313, 6.09.2021, p. 13), un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de productos laminados planos de aluminio (DOUE L359, 11.10.2021, p. 6), se suspenden los derechos antidumping definitivos establecidos por el Reglamento de Ejecución (UE) 2021/1784 sobre las importaciones de productos laminados planos de aluminio (DOUE L359, 11.10.2021, p. 105), se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de alambrón (DOUE L364, 13.10.2021, p. 14), un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de calcio silicio (DOUE L366, 15.10.2021, p. 17), un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de determinados sistemas de electrodos de grafito (DOUE L366, 15.10.2021, p. 62), un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de hilados de alta tenacidad de poliésteres (DOUE L369, 19.10.2021,

p. 3), un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de cables de fibras ópticas (DOUE L410, 18.11.2021, p. 51).

Se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de productos planos de acero inoxidable laminados en frío originarios de la República Popular China y de Taiwán (DOUE L327, 16.09.2021, p. 1), se amplía el derecho antidumping definitivo establecido por el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2384 y el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/271 sobre las importaciones de determinadas hojas de aluminio originarias de la República Popular China a las importaciones de determinadas hojas de aluminio procedentes de Tailandia, hayan sido o no declaradas originarias de este país (DOUE L325, 15.09.2021, p. 6), se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de contrachapado de abedul originario de Rusia (DOUE L394, 9.11.2021, p. 7), y se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de productos planos de acero inoxidable laminados en frío originarios de la India e Indonesia (DOUE L410, 18.11.2021, p. 153).

En cuanto a las Ayudas de Estado a España, la comisión decide que la ayuda estatal SA.28599 (C 23/2010) (ex NN 36/2010, ex CP 163/2009) concedida por España para el despliegue de la televisión digital terrestre en zonas remotas y menos urbanizadas (excepto en Castilla-La Mancha) ha sido ejecutada ilegalmente por España infringiendo lo dispuesto en el artículo 108, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y es incompatible con el mercado interior, con la excepción de la ayuda que fuera concedida con arreglo al criterio de neutralidad tecnológica (DOUE L417, 23.11.2021, p. 1). En relación con la Ayuda estatal SA.54155 (2021/N) y el Laudo arbitral de Antin — España — Invitación a presentar observaciones en aplicación del artículo 108, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE C450, 5.11.2021, p. 5).

Por otra parte se autorizan a España varias ayudas estatales, en relación con el Covid-19 (DOUE C327, 13.08.2021, p.1; DOUE C477, 26.11.2021, p. 1) y se autorizan también otras ayudas estatales a España (DOUE C327, 13.08.2021, p.1; DOUE C355, 3.09.2021, p. 1; DOUE C377, 17.09.2021, p. 1; DOUE C389, 24.09.2021, p. 1; DOUE C460, 12.11.2021, p. 1), y se autoriza también una ayuda estatal al País Vasco (DOUE C327, 13.08.2021, 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 modifica el Reglamento (CE) n.º 2157/1999 sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones (BCE/2021/46) (DOUE L367, 15.10.2021, p. 2), el Banco Central Europeo decide sobre la metodología del cálculo de las sanciones por incumplimiento de la obligación de mantener reservas mínimas y otras obligaciones conexas (BCE/2021/45) (DOUE L367, 15.10.2021, p. 4), sobre la subdelegación de facultades para adoptar determinadas decisiones relativas a la acreditación de fabricantes y de determinadas facultades relativas a los procedimientos de acreditación de fabricantes acreditados y se deroga la Decisión (UE) 2016/1975 (BCE/2021/32) (DOUE L278, 2.08.2021, p. 1), sobre la adopción de normas internas sobre la limitación de los derechos de los interesados relacionada con las funciones del Banco Central Europeo respecto de la supervisión prudencial de las entidades de crédito (BCE/2021/42) (DOUE L328, 16.09.2021, p. 15), modifica la Decisión BCE/2007/7 relativa a las condiciones de TARGET2-ECB (BCE/2021/43) (DOUE L354, 6.10.2021, p. 29), modifica la Decisión (UE) 2016/2247 sobre las cuentas anuales del Banco Central Europeo (BCE/2021/52) (DOUE L419, 24.11.2021, p. 1), y adopta tres Orientaciones, una por la que se modifica la Orientación (UE) 2016/2249 sobre el régimen jurídico de la contabilidad y la información financiera en el Sistema Europeo de Bancos Centrales (BCE/2021/51) (DOUE L419, 24.11.2021, p. 14), otra por la que se modifica la Orientación BCE/2012/27 sobre el sistema automatizado transeuropeo de transferencia urgente para la liquidación bruta en tiempo real (TARGET2) (BCE/2021/30) (DOUE L354, 6.10.2021, p. 45) y la tercera por la que se modifica la Orientación (UE) 2017/2335 sobre los procedimientos para la recopilación de datos granulares de crédito y de riesgo crediticio (BCE/2021/47) (DOUE L370, 19.10.2021, p. 5).

Respecto a las medidas económicas, se modifica la Decisión 1999/70/CE relativa a los auditores externos de los bancos centrales nacionales, en lo que respecta al auditor externo del Banco de España. Se aprueba que la asociación temporal de empresas Mazars Auditores, S.L.P. – Mazars, SA sea el auditor externo del Banco de España para los ejercicios de 2021 y 2022 (DOUE L350, 4.10.2021, p. 3), se decide la prolongación de la supervisión reforzada para Grecia (DOUE L280, 3.08.2021, p. 2), se modifica la Decisión BCE/2014/29 sobre la presentación al Banco Central Europeo de los datos de supervisión transmitidos a las autoridades nacionales competentes por las entidades supervisadas conforme a los Reglamentos de Ejecución (UE) n.º 680/2014 y (UE) 2016/2070 de la Comisión (BCE/2021/39) (DOUE L300, 24.08.2021, p. 74).

Se modifican: la Decisión (UE) 2017/934 sobre la delegación de decisiones sobre la significatividad de las entidades supervisadas (BCE/2021/33) (DOUE L314, 6.09.2021, p. 1), la Decisión (UE) 2017/935 sobre la delegación de la facultad de adoptar decisiones de idoneidad y sobre la evaluación del cumplimiento de los requisitos de idoneidad (BCE/2021/34) (DOUE L314, 6.09.2021, p. 3), la Decisión (UE) 2018/546 sobre la delegación de la facultad de adoptar decisiones de fondos propios (BCE/2021/35) (DOUE L314, 6.09.2021, p. 8), la Decisión (UE) 2019/1376 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/2021/36) (DOUE L314, 6.09.2021, p. 14), la Decisión (UE) 2019/322 sobre la delegación de la facultad de adoptar decisiones relativas a las competencias de supervisión conferidas por el derecho nacional (BCE/2021/37) (DOUE L314, 6.09.2021, p. 17).

Se adoptan también decisiones, sobre la delegación de la facultad para adoptar decisiones relativas a modelos internos y a la ampliación de plazos (BCE/2021/38) (DOUE L314, 6.09.2021, p. 22), la designación de jefes de unidades de trabajo que adopten decisiones delegadas sobre modelos internos y ampliación de plazos (BCE/2021/40) (DOUE L314, 6.09.2021, p. 30) y se adopta una Recomendación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico, de 26 de julio de 2021, por la que se modifica la Recomendación JERS/2015/2 sobre la determinación de los efectos transfronterizos y la reciprocidad voluntaria de las medidas de política macroprudencial, (JERS/2021/6) (DOUE C358, 7.09.2021, p. 1).

En lo que respecta al régimen del Euro, se extiende a los Estados miembros no participantes la aplicación del Reglamento (UE) 2021/840 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un programa en materia de intercambios, asistencia y formación para la protección del euro contra la falsificación de moneda para el período 2021-2027 (programa Pericles IV) (DOUE L336, 23.09.2021, p. 1) y se modifica la Decisión (UE) 2020/1997 sobre la aprobación del volumen de emisión de monedas en 2021 (BCE/2021/48) (DOUE L397, 10.11.2021, p. 26).

XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

Las Relaciones exteriores y la Cooperación al Desarrollo de la Unión Europea suelen implicar la celebración o modificación de numerosos tratados internacionales. Así el Comité Mixto UE-Islandia, decide la modificación del Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y la República de Islandia, mediante la sustitución de su Protocolo n.º 3 relativo a la definición de la noción de «productos originarios» y los métodos de cooperación administrativa [2021/1857] (DOUE L381, 27.10.2021, p. 1), y el Consejo decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Consejo

de cooperación establecido conforme al Acuerdo de Colaboración y de Cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Azerbaiyana, por otra, en lo que respecta a la prórroga de las Prioridades de Colaboración entre la UE y Azerbaiyán (DOUE L405, 16.11.2021, p. 5).

En materia de Acuerdos de Asociación, el Comité de Cooperación Aduanera UE-AOM, establece una excepción a las normas de origen contempladas en el Protocolo I del Acuerdo interino por el que se establece un marco para un Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados de África Oriental y Meridional, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, atendiendo a la situación especial que atraviesa la República de Mauricio en lo que respecta a la sierra salada [2021/1316] (DOUE L287, 10.08.2021, p. 13), el Comité Mixto UE-OLP, decide la modificación del Acuerdo euromediterráneo interino de asociación en materia de comercio y cooperación entre la Comunidad Europea y la Organización para la Liberación de Palestina (OLP), actuando por cuenta de la Autoridad Palestina de Cisjordania y la Franja de Gaza, mediante la sustitución de su Protocolo n.º 3 relativo a la definición del concepto de “productos originarios” y métodos de cooperación administrativa [2021/1487] (DOUE L328, 16.09.2021, p. 23).

El Consejo decide: la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Comité de Asociación, en su configuración de comercio, 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, en relación con la modificación del apéndice XVII-3 (Normas aplicables a los servicios de telecomunicaciones), el apéndice XVII-4 (Normas aplicables a los servicios postales y de mensajería) y el apéndice XVII-5 (Normas aplicables al transporte marítimo internacional) del anexo XVII de dicho Acuerdo (DOUE L361, 12.10.2021, p. 48), la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Consejo de Asociación establecido por el Acuerdo euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino Hachemita de Jordania, por otra, por lo que respecta a la modificación del Protocolo n.º 3 de dicho Acuerdo, relativo a la definición de la noción de «productos originarios» y a los métodos de cooperación administrativa (DOUE L373, 21.10.2021, p. 91), la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Consejo de Asociación instituido por el Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular, por otra, en lo que respecta a la prórroga de la validez de las prioridades de la Asociación UE-Argelia hasta que el Consejo de Asociación adopte nuevas prioridades de la Asociación actualizadas (DOUE L374, 22.10.2021, p. 52), la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Consejo de Asociación instituido por el Acuerdo Euromediterráneo por el que

se establece una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Árabe de Egipto, por otra, en lo que respecta a la prórroga de la validez de las prioridades de la Asociación UE-Egipto hasta que el Consejo de Asociación adopte nuevas prioridades de la Asociación actualizadas (DOUE L374, 22.10.2021, p. 54), la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Consejo de Asociación instituido por el Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino Hachemita de Jordania, por otra, en lo que respecta a la prórroga de la validez de las prioridades de la Asociación UE-Jordania hasta que el Consejo de Asociación adopte nuevas prioridades de la Asociación actualizadas (DOUE L374, 22.10.2021, p. 56), la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Consejo de Asociación creado por el Acuerdo Euromediterráneo de Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Libanesa, por otra, en lo que respecta a la prórroga de la validez de las prioridades de la Asociación UE-Líbano hasta que el Consejo de Asociación adopte nuevos documentos conjuntos actualizados (DOUE L374, 22.10.2021, p. 58), la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Consejo de Asociación instituido por el Acuerdo euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Túnez, por otra, en lo que respecta a la prórroga de la validez de las prioridades estratégicas UE-Túnez hasta que el Consejo de Asociación adopte nuevas prioridades estratégicas actualizadas (DOUE L374, 22.10.2021, p. 60).

El Subcomité Aduanero UE-Georgia, decide la modificación del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra, mediante la sustitución de su Protocolo I relativo a la definición del concepto de «productos originarios» y a los métodos de cooperación administrativa [2021/1858] (DOUE L381, 27.10.2021, p. 78), el Comité de Asociación en su configuración de comercio, decide sobre la evaluación positiva de la fase 1 prevista en el anexo XVI-B del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra [2021/1887] (DOUE L385, 29.10.2021, p. 40), el Consejo de Estabilización y Asociación UE-República de Macedonia del Norte, decide la modificación del «Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la ex República Yugoslava de Macedonia, por otra», mediante la sustitución de su Protocolo n.º 4 relativo a la definición del concepto de “productos originarios” y métodos de cooperación administrativa [2021/1931] (DOUE L406, 16.11.2021, p. 1), y el Comité AAE creado por el Acuerdo de Asociación Económica preliminar entre Costa de Marfil, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros adopta los procedi-

mientos de solución de diferencias y el código de conducta de los árbitros [2021/2000] (DOUE L408, 17.11.2021, p. 8) y adopta la lista de árbitros [2021/2001] (DOUE L408, 17.11.2021, p. 19).

Respecto al Espacio Económico Europeo (EEE), se decide la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Comité Mixto del EEE: con respecto a la modificación del Protocolo 30 sobre las disposiciones específicas relativas a la organización de la cooperación en materia de estadísticas, y del Protocolo 31 sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades, anejo al Acuerdo EEE (Programa para el Mercado Único) (DOUE L348, 1.10.2021, p. 5), en lo que respecta a la modificación del Protocolo 31, sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades, y del Protocolo 37, que contiene la lista correspondiente al artículo 101, del Acuerdo EEE (Programa Espacial de la Unión) (DOUE L389, 4.11.2021, p. 19), en lo que respecta a la propuesta de modificación del Protocolo 31 sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades, anejo al Acuerdo EEE (Acción preparatoria sobre investigación en materia de defensa) (DOUE L348, 1.10.2021, p. 1), con respecto a la modificación del Protocolo 31 sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades, anejo al Acuerdo EEE (Programa del Cuerpo Europeo de Solidaridad) (DOUE L348, 1.10.2021, p. 3), con respecto a la modificación del Protocolo 31 sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades, anejo al Acuerdo EEE (Horizonte Europa) (DOUE L348, 1.10.2021, p. 7), con respecto a la modificación del Protocolo 31 sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades, anejo al Acuerdo EEE [Fondo Social Europeo Plus (FSE+)] (DOUE L348, 1.10.2021, p. 9), con respecto a la modificación del Protocolo 31 sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades, anejo al Acuerdo EEE (Erasmus+) (DOUE L348, 1.10.2021, p. 11), con respecto a la modificación del Protocolo 31 sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades, anejo al Acuerdo EEE (Programa Europa Digital) (DOUE L348, 1.10.2021, p. 13), con respecto a la modificación del Protocolo 31 sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades, anejo al Acuerdo EEE (Mecanismo de Protección Civil de la Unión) (DOUE L348, 1.10.2021, p. 15), con respecto a la modificación del Protocolo 31 sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades, anejo al Acuerdo EEE (Programa Europa Creativa) (DOUE L348, 1.10.2021, p. 17), con respecto a la modificación del Protocolo 31 sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades, anejo al Acuerdo EEE (Programa LIFE) (DOUE L348, 1.10.2021, p. 19), con respecto a la modificación del Protocolo 31 sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades, anejo al Acuerdo EEE (Programa UEproSalud) (DOUE L348, 1.10.2021, p. 21).

También en relación con el Espacio Económico Europeo (EEE), se modifican el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) del Acuerdo EEE [2021/1489] (DOUE L337, 23.09.2021, p. 1; DOUE L337, 23.09.2021, p. 3; DOUE L337, 23.09.2021, p. 5; DOUE L337, 23.09.2021, p. 7; DOUE L337, 23.09.2021, p. 10; DOUE L337, 23.09.2021, p. 11), el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) y el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) del Acuerdo EEE [2021/1495] (DOUE L337, 23.09.2021, p. 13; DOUE L337, 23.09.2021, p. 15; DOUE L337, 23.09.2021, p. 17) el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) del Acuerdo EEE [2021/1498] (DOUE L337, 23.09.2021, p. 19; DOUE L337, 23.09.2021, p. 20; DOUE L337, 23.09.2021, p. 22; DOUE L337, 23.09.2021, p. 24; DOUE L337, 23.09.2021, p. 26; DOUE L337, 23.09.2021, p. 28; DOUE L337, 23.09.2021, p. 29; DOUE L337, 23.09.2021, p. 30; DOUE L337, 23.09.2021, p. 31; DOUE L337, 23.09.2021, p. 32; DOUE L337, 23.09.2021, p. 33; DOUE L337, 23.09.2021, p. 35; DOUE L337, 23.09.2021, p. 36; DOUE L337, 23.09.2021, p. 38), el anexo IX (Servicios financieros) del Acuerdo EEE [2021/1512] (DOUE L337, 23.09.2021, p. 39; DOUE L337, 23.09.2021, p. 41; DOUE L337, 23.09.2021, p. 42; DOUE L337, 23.09.2021, p. 46; DOUE L337, 23.09.2021, p. 48; DOUE L337, 23.09.2021, p. 50; DOUE L337, 23.09.2021, p. 51; DOUE L337, 23.09.2021, p. 52; DOUE L337, 23.09.2021, p. 53), el anexo XIII (Transporte) del Acuerdo EEE (Tercer y cuarto paquetes ferroviarios) (DOUE L348, 1.10.2021, p. 23; DOUE L337, 23.09.2021, p. 55), el anexo XVIII (Salud y seguridad en el trabajo, derecho laboral e igualdad de trato para hombres y mujeres) del Acuerdo EEE [2021/1522] (DOUE L337, 23.09.2021, p. 57), el anexo XX (Medio ambiente) del Acuerdo EEE [2021/1523] (DOUE L337, 23.09.2021, p. 59; DOUE L337, 23.09.2021, p. 62), el anexo XXI (Estadísticas) del Acuerdo EEE [2021/1525] (DOUE L337, 23.09.2021, p. 64), Decisión del Comité Mixto del EEE n.º 245/2018 [2021/1526] (DOUE L337, 23.09.2021, p. 65).

En relación con los Países y Territorios de ultramar se decide sobre la Asociación de los países y territorios de ultramar con la Unión Europea, incluidas las relaciones entre la Unión Europea, por una parte, y Groenlandia y el Reino de Dinamarca, por otra (Decisión de Asociación Ultramar, incluida Groenlandia) (DOUE L355, 7.10.2021, p. 6).

En cuanto a las Negociaciones adhesión, se establece el Instrumento de Ayuda Preadhesión (IAP III) (DOUE L330, 20.09.2021, p. 1).

Y en Política de Vecindad, se completa el Reglamento (UE) 2021/947 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el Instrumento de Vecindad, Cooperación al Desarrollo y Cooperación Internacional-Europa Global, por el que se modifica y deroga la Decisión n.º 466/2014/UE del Parlamento Europeo y del

Consejo y se derogan el Reglamento (UE) 2017/1601 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE, Euratom) n.º 480/2009 del Consejo (DOUE L330, 20.09.2021, p. 27).

Finalmente, en Cooperación al Desarrollo se modifica la Decisión n.º 3/2016 del Comité de Embajadores ACP-UE sobre el Centro para el Desarrollo de la Empresa [2021/1330] (DOUE L290, 12.08.2021, p. 1).

XII. ENERGÍA

En la Política de Energía, se completa la Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante la creación de la plataforma de desarrollo de energías renovables de la Unión (DOUE L407, 17.11.2021, p. 4) y la Comisión adopta una recomendación sobre el principio de «primero, la eficiencia energética»: de los principios a la práctica — Directrices y ejemplos para su aplicación en la toma de decisiones en el sector de la energía y más allá (DOUE L350, 4.10.2021, p. 9).

XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

En la normativa internacional relativa al Mercado Interior se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Foro Mundial para la Armonización de los Reglamentos sobre Vehículos de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, por lo que respecta a las propuestas de modificación de los Reglamentos de las Naciones Unidas n.º 0, 14, 16, 22, 24, 37, 45, 48, 49, 55, 58, 67, 79, 83, 86, 90, 94, 95, 100, 101, 110, 116, 118, 125, 128, 129, 133, 134, 135, 137, 145, 149, 150, 151, 152, 153, 157, 158 y 159, las propuestas de modificaciones de las Resoluciones consolidadas R.E.3 y R.E.5, las propuestas de modificaciones de las Resoluciones mutuas M.R.1 y M.R.2, así como las propuestas de autorizaciones para modificar el RTM de las Naciones Unidas sobre seguridad de los peatones, y elaborar un RTM de las Naciones Unidas sobre las emisiones mundiales en condiciones reales de conducción y otro sobre las emisiones específicas de los frenos (DOUE L402, 15.11.2021, p. 77). Y Comité Mixto instituido en el marco del Acuerdo sobre reconocimiento mutuo entre la Comunidad Europea y Japón decide el registro de un organismo de evaluación de la conformidad en el anexo sectorial sobre equipos terminales de telecomunicación y equipos radioeléctricos [2021/1397] (DOUE L300, 24.08.2021, p. 78).

También cabe destacar la adopción de reglamentos por las Naciones Unidas, relativos a: Prescripciones uniformes relativas a la homologación de vehículos de motor en lo que respecta a la instalación de sus neumáticos [2021/1366] (DOUE L293, 16.08.2021, p. 34), Prescripciones uniformes relativas a la homologación de vehículos

en lo que concierne a sus sistemas de control de la presión de los neumáticos (TPMS) [2021/1463] (DOUE L323, 13.09.2021, p. 1), Disposiciones uniformes relativas a la homologación de vehículos en lo que respecta a la instalación de dispositivos de alumbrado y señalización luminosa [2021/1718] (DOUE L347, 30.09.2021, p. 1), Disposiciones uniformes relativas a la homologación de dispositivos de señalización luminosa (luces) para vehículos de motor y sus remolques [2021/1719] (DOUE L347, 30.09.2021, p. 123), Prescripciones uniformes relativas a la homologación de los dispositivos (luces) y los sistemas de alumbrado de carretera para vehículos de motor [2021/1720] (DOUE L347, 30.09.2021, p. 173), Disposiciones uniformes relativas a la homologación de dispositivos y marcados catadióptricos para vehículos de motor y sus remolques [2021/1721] (DOUE L347, 30.09.2021, p. 297), Prescripciones uniformes relativas a la homologación de sistemas reforzados de retención infantil utilizados a bordo de vehículos de motor [2021/1806] (DOUE L375, 22.10.2021, p. 1), Prescripciones uniformes sobre la homologación de los vehículos en lo relativo a la protección de sus ocupantes en caso de colisión frontal [2021/1860] (DOUE L392, 5.11.2021, p. 1), Prescripciones uniformes sobre la homologación de los vehículos en lo relativo a la protección de sus ocupantes en caso de colisión lateral [2021/1861] (DOUE L392, 5.11.2021, p. 62), Prescripciones uniformes sobre la homologación de vehículos en lo relativo a una colisión frontal, con especial atención en el sistema de retención [2021/1862] (DOUE L392, 5.11.2021, p. 130), Disposiciones uniformes relativas a la homologación de vehículos en lo que respecta a la integridad del sistema de alimentación de combustible y la seguridad del grupo motopropulsor eléctrico en caso de colisión trasera [2021/2060] (DOUE L422, 26.11.2021, p. 4), Disposiciones uniformes relativas a la homologación de turismos y vehículos comerciales ligeros por lo que se refiere a las emisiones de referencia, las emisiones de dióxido de carbono y el consumo de combustible o la medición del consumo de energía eléctrica y la autonomía eléctrica (WLTP) [2021/2039] (DOUE L423, 26.11.2021, p. 1).

Se modifican: el Reglamento Delegado (UE) 2017/654, que complementa el Reglamento (UE) 2016/1628 del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que respecta a la aceptación de homologaciones concedidas de conformidad con los Reglamentos n.º 49 y n.º 96 de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE) (DOUE L299, 24.08.2021, p. 1), el Reglamento (CE) n.º 1126/2008, por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera 16 (DOUE L305, 31.08.2021, p. 17), el Reglamento (CE) n.º 1126/2008, por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera 17 (DOUE L416, 23.11.2021, p. 3).

Y se decide la participación de la Unión en la Asociación Europea de Metrología, emprendida conjuntamente por varios Estados miembros (DOUE L427, 30.11.2021, p. 1).

Los aspectos más generales del mercado interior también son objeto de regulación y así se completa el Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación que contienen un modelo de acuerdo de cooperación con terceros países (DOUE L359, 11.10.2021, p. 1).

La protección de la salud humana y animal suele siempre originar o modificar normativa existente, y en este cuatrimestre, se completa el Reglamento (UE) 2019/6 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de los criterios para la designación de los antimicrobianos que deben reservarse para el tratamiento de determinadas infecciones en las personas (DOUE L353, 6.10.2021, p. 1), se establecen normas de desarrollo del Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a la Base de Datos Europea sobre Productos Sanitarios (Eudamed) (DOUE L426, 29.11.2021, p. 9), se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2016/161 en lo que respecta a la evaluación de las notificaciones a la Comisión por las autoridades nacionales competentes y a la inclusión de cicatrizantes con el código ATC D03AX y la forma farmacéutica de larvas de mosca en la lista de medicamentos que no deben llevar dispositivos de seguridad (DOUE L332, 21.09.2021, p. 1).

Se adopta el diseño de un logotipo común para la venta minorista a distancia de medicamentos veterinarios (DOUE L387, 3.11.2021, p. 133), se adopta un reglamento por lo que respecta a las medidas sobre buenas prácticas de distribución de los principios activos utilizados como materiales de partida en medicamentos veterinarios de conformidad con el Reglamento (UE) 2019/6 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L279, 3.08.2021, p. 1), se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) 2019/6 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las buenas prácticas de farmacovigilancia y al formato, el contenido y el resumen del archivo maestro del sistema de farmacovigilancia para medicamentos veterinarios (DOUE L279, 3.08.2021, p. 15). Se corrigen los Reglamentos de Ejecución (UE) n.º 540/2011 y (UE) n.º 563/2014 en lo que se refiere al número CAS de la sustancia básica clorhidrato de quitosano (DOUE L313, 6.09.2021, p. 9).

En relación con los: Reglamento (CE) n.º 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios, y Reglamento de Ejecución (UE) n.º 540/2011 de la Comisión, se aprueba la sustancia activa de bajo riesgo *Bacillus amyloliquefaciens*, cepa AH2 (DOUE L315, 7.09.2021, p. 1), se renueva la aprobación de la sustancia activa de bajo riesgo carbonato de calcio (DOUE L313, 6.09.2021, p. 15), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 540/2011 en lo que respecta a la prórroga de los períodos de aprobación de las sustancias activas

benfluralina, dimoxistrobina, fluazinam, flutolanilo, mecoprop-P, mepicuat, metiram, oxamil y piraclostrobina (DOUE L421, 26.11.2021, p. 25), se renueva la aprobación de la sustancia activa hidrogenocarbonato de potasio como sustancia de bajo riesgo (DOUE L313, 6.09.2021, p. 30), se renueva la aprobación de la sustancia cipermetrina como candidata a la sustitución (DOUE L420, 25.11.2021, p. 6), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 540/2011 en lo que respecta a la prórroga de los períodos de aprobación de las sustancias activas 2-fenilfenol (incluidas sus sales, como la sal sódica), 8-hidroxiquinoleína, aceite de parafina, aceites de parafina, amidosulfurón, azufre, bifenox, cipermetrina, clofentecina, clomazona, clormecuat, clorotolurón, daminozida, deltametrina, dicamba, difenoconazol, diflufenicán, dimetaclor, etofenprox, fenoxaprop-P, fenpropidina, fludioxonil, flufenacet, fostiazato, indoxacarbo, lenacilo, MCPA, MCPB, nicosulfurón, penconazol, picloram, propaquizafop, prosulfocarb, quizalofop-P-etilo, quizalofop-P-tefuril, tetraconazol, trialato, triflusalurón y tritosulfurón (DOUE L313, 6.09.2021, p. 20), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 540/2011 en lo relativo a los períodos de aprobación de las sustancias activas acrinatrina y procloraz (DOUE L313, 6.09.2021, p. 25), no se renueva la aprobación de la sustancia activa famoxadona (DOUE L297, 20.08.2021, p. 32), no se renueva la aprobación de la sustancia activa indoxacarbo (DOUE L426, 29.11.2021, p. 28), no se aprueban determinadas sustancias activas en los biocidas de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L279, 3.08.2021, p. 32), no se aprueba el sulfuro de dimetilo como sustancia básica (DOUE L313, 6.09.2021, p. 28).

Se retrasa la fecha de expiración de la aprobación del fosfuro de aluminio para su uso en biocidas de los tipos de producto 14 y 18 (DOUE L279, 3.08.2021, p. 35), se retrasa la fecha de expiración de la aprobación del fosfuro de magnesio para su uso en biocidas del tipo de producto 18 (DOUE L279, 3.08.2021, p. 37), se retrasa la fecha de expiración de la aprobación del dinotefurán para su uso en biocidas del tipo de producto 18 (DOUE L279, 3.08.2021, p. 39), se retrasa la fecha de expiración de la aprobación del indoxacarbo para su uso en biocidas del tipo de producto 18 (DOUE L279, 3.08.2021, p. 41), se retrasa la fecha de expiración de la aprobación del ácido bórico para su uso en biocidas del tipo de producto 8 (DOUE L279, 3.08.2021, p. 43), se retrasa la fecha de expiración de la aprobación del dazomet para su uso en biocidas del tipo de producto 8 (DOUE L279, 3.08.2021, p. 45), se retrasa la fecha de expiración de la aprobación del tetraborato de sodio para su uso en biocidas del tipo de producto 8 (DOUE L279, 3.08.2021, p. 47), se retrasa la fecha de expiración de la aprobación de la creosota para su uso en biocidas del tipo 8 (DOUE L372, 20.10.2021, p. 27), se retrasa la fecha de expiración de la aprobación del hexaflumurón para su uso en biocidas del tipo de producto 18 (DOUE L282, 5.08.2021, p. 36).

Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/2076 a fin de introducir cambios administrativos en la autorización de la Unión para la familia de biocidas «Contec IPA Product Family» (DOUE L288, 11.08.2021, p. 1), se modifican determinados anexos del Reglamento (UE) n.º 142/2011 en lo que se refiere a los requisitos para la introducción en el mercado de determinados productos a base de insectos y la adaptación de un método de confinamiento (DOUE L393, 8.11.2021, p. 4).

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, que de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, se autoriza la comercialización de productos que contengan o estén compuestos por la soja modificada genéticamente DAS-81419-2 o hayan sido producidos a partir de ella (DOUE L300, 24.08.2021, p. 10), se autoriza la comercialización de productos que contengan o estén compuestos por la soja modificada genéticamente DAS-81419-2 × DAS-44406-6 o hayan sido producidos a partir de ella (DOUE L300, 24.08.2021, p. 16), se autoriza la comercialización de productos que contengan, se compongan o se hayan producido a partir de maíz modificado genéticamente 1507 × MIR162 × MON810 × NK603 y de maíz modificado genéticamente que combine dos o tres de los eventos únicos 1507, MIR162, MON810 y NK603 (DOUE L300, 24.08.2021, p. 22), se autoriza la comercialización de productos que contengan o estén compuestos por algodón modificado genéticamente GHB614 × T304-40 × GHB119 o hayan sido producidos a partir de él (DOUE L300, 24.08.2021, p. 29), se autoriza la comercialización de productos que se compongan de maíz modificado genéticamente MZIR098 (SYN-ØØØ98-3), lo contengan o se hayan producido a partir de él (DOUE L300, 24.08.2021, p. 35), se autoriza la comercialización de productos que contengan o estén compuestos por las colzas oleaginosas modificadas genéticamente Ms8 × Rf3 × GT73, Ms8 × GT73 y Rf3 × GT73 o hayan sido producidos a partir de ellas (DOUE L300, 24.08.2021, p. 41), se renueva la autorización de comercialización de productos que contengan, se compongan o se hayan producido a partir de maíz modificado genéticamente Bt11 (SYN-BTØ11-1) (DOUE L300, 24.08.2021, p. 48), se renueva la autorización de comercialización de los productos que contengan o estén compuestos por el maíz modificado genéticamente MON 88017 × MON 810 (MON-88Ø17-3 × MON-ØØ81Ø-6) o hayan sido producidos a partir de él (DOUE L300, 24.08.2021, p. 54), se autoriza la comercialización de productos que contengan, se compongan o se hayan producido a partir de maíz modificado genéticamente MON 87427 × MON 87460 × MON 89034 × 1507 × MON 87411 × 59122 y de maíz modificado genéticamente que combina dos, tres, cuatro o cinco de los eventos únicos MON 87427, MON 87460, MON 89034, 1507, MON 87411 y 59122 (DOUE L300, 24.08.2021, p. 60).

Se modifica el Reglamento (CE) n.º 1881/2006: en lo relativo a los contenidos máximos de plomo en determinados productos alimenticios (DOUE L286, 10.08.2021, p. 1), en lo que respecta al contenido máximo de esclerocios de cornezuelo y alcaloides de cornezuelo en determinados productos alimenticios (DOUE L301, 25.08.2021, p. 1), en lo que respecta al contenido máximo de alcaloides tropánicos en determinados productos alimenticios (DOUE L304, 30.08.2021, p. 1), por lo que respecta al contenido máximo de cadmio en determinados productos alimenticios (DOUE L288, 11.08.2021, p. 13).

Se autoriza la comercialización del aceite de *Schizochytrium* sp. (FCC-3204) como nuevo alimento con arreglo al Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2470 de la Comisión (DOUE L288, 11.08.2021, p. 24), se corrige el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2470, por el que se establece la lista de la Unión de nuevos alimentos, la Decisión 2008/968/CE, relativa a la autorización de comercialización de aceite rico en ácido araquidónico procedente de la *Mortierella alpina* como nuevo ingrediente alimentario, y el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/484, por el que se autoriza la comercialización de la lacto-N-tetraosa como nuevo alimento (DOUE L286, 10.08.2021, p. 5), se autoriza la comercialización de frutos desecados de *Synsepalum dulcificum* como nuevo alimento con arreglo al Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2470 de la Comisión (DOUE L402, 15.11.2021, p. 5), se autoriza la comercialización de las formas congelada, desecada y en polvo de *Locusta migratoria* como nuevo alimento con arreglo al Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2470 de la Comisión (DOUE L402, 15.11.2021, p. 10), se autoriza la comercialización de harina de setas con vitamina D2 como nuevo alimento con arreglo al Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2470 de la Comisión (DOUE L426, 29.11.2021, p. 16), se autorizan cambios en las especificaciones del nuevo alimento «aceite de semillas de cilantro de *Coriandrum sativum*» y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2470 (DOUE L286, 10.08.2021, p. 12), se autoriza la modificación en las condiciones de uso del nuevo alimento «oleorresina rica en astaxantina del alga *Haematococcus pluvialis*» con arreglo al Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2470 de la Comisión (DOUE L297, 20.08.2021, p. 20), se autoriza la comercialización de 3-fucosil-lactosa (3-FL) como nuevo alimento con arreglo al Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2470 de la Comisión (DOUE L415, 22.11.2021, p. 9).

El anexo I del Reglamento (CE) n.º 1334/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo se modifica en lo que se refiere a la inclusión de 3-(1-((3,5-dimetilisoxazol-4-il)metil)-1H-pirazol-4-il)-1-(3-hidroxibenzil)imidazolidina-2,4-diona en la lista de sustancias aromatizantes de la Unión (DOUE L330, 20.09.2021, p. 69), en lo que se refiere a la inclusión del ácido 4-amino-5-(3-(isopropilamino)-2,2-dimetil-3oxopropoxi)-2-metilquinolina-3-carboxílico en la lista de sustancias aromatizantes de la Unión (DOUE L389, 4.11.2021, p. 11), en lo que se refiere a la inclusión de 2-(4-metilfenoxi)-N-(1H-pirazol-3-il)-N-(tiofeno-2-ilmetil)acetamida en la lista de sustancias aromatizantes de la Unión (DOUE L389, 4.11.2021, p. 15).

Y se modifica el anexo III del Reglamento (CE) n.º 853/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre requisitos específicos de higiene de los alimentos de origen animal (DOUE L297, 20.08.2021, p. 1).

En lo que se refiere al etiquetado y la presentación de los productos, se modifica, el Reglamento (UE) 2019/787 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a las alusiones a denominaciones legales de bebidas espirituosas o indicaciones geográficas de bebidas espirituosas en la designación, presentación y etiquetado de otras bebidas espirituosas (DOUE L289, 12.08.2021, p. 1), se modifica el Reglamento (UE) 2019/787 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la definición de alusiones a denominaciones legales de bebidas espirituosas o indicaciones geográficas de bebidas espirituosas y su utilización en la designación, presentación y etiquetado de bebidas espirituosas distintas de las bebidas espirituosas a las que se hace alusión (DOUE L321, 13.09.2021, p. 12), se modifica el Reglamento (UE) 2019/787 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al etiquetado de las bebidas espirituosas resultantes de la combinación de una bebida espirituosa con uno o varios productos alimenticios (DOUE L289, 12.08.2021, p. 4).

Se corrige el anexo VI del Reglamento (CE) n.º 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas (DOUE L400, 12.11.2021, p. 16), se establecen los criterios para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a los productos cosméticos y productos de cuidado animal [notificada con el número C(2021)7500] (DOUE L379, 26.10.2021, p. 8), y se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a las pinturas y barnices de interior y exterior [notificada con el número C(2021) 7514] (DOUE L379, 26.10.2021, p. 49).

En el sector de los obstáculos técnicos a los intercambios, se modifican los anexos II y VII del Reglamento (UE) 2018/858 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L313, 6.09.2021, p. 4), se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2019/450 en lo que se refiere a la publicación de referencias de documentos de evaluación europeos para mangueras de aspersión flexible con accesorios de conexión y otros productos

de construcción (DOUE L359, 11.10.2021, p. 117), se completa el Reglamento (UE) 2019/2144 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de normas detalladas sobre los procedimientos de ensayo y los requisitos técnicos específicos para la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que respecta a sus sistemas de advertencia de somnolencia y pérdida de atención del conductor, y por el que se modifica el anexo II de dicho Reglamento (DOUE L292, 16.08.2021, p.4), se completa el Reglamento (UE) 2019/2144 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de normas detalladas sobre los procedimientos de ensayo y los requisitos técnicos específicos para la homologación de tipo de los vehículos de motor en lo que respecta a sus sistemas de asistente de velocidad inteligente y para la homologación de tipo de tales sistemas como unidades técnicas independientes, y por el que se modifica el anexo II de dicho Reglamento (DOUE L409, 17.11.2021, p. 1).

Se modifica la Directiva 2014/47/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que respecta a los cambios en las designaciones de las categorías de vehículos derivados de las modificaciones de la legislación sobre homologación de tipo (DOUE L342, 27.09.2021, p. 45), se modifica la Directiva 2014/45/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la actualización de la designación de determinadas categorías de vehículos y a la inclusión de eCall en la lista de los elementos objeto de inspección, los métodos, las causas de rechazo y la valoración de las deficiencias en los anexos I y III de dicha Directiva (DOUE L342, 27.09.2021, p. 48), se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2018/2048, en lo que atañe a la norma armonizada aplicable a los sitios web y a las aplicaciones para dispositivos móviles (DOUE L289, 12.08.2021, p. 53).

Se decide respecto a las normas armonizadas para los contadores de gas y otros instrumentos de medida elaboradas en apoyo de la Directiva 2014/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L302, 26.08.2021, p. 11), en relación con las normas armonizadas para grúas marítimas ligeras (DOUE L302, 26.08.2021, p. 17), en lo que respecta a las normas armonizadas relativas a las mangueras resistentes al fuego para carburantes, las mangueras no resistentes al fuego para carburantes, los grifos de fondo y pasacascos, los componentes del sistema de combustible, de lubricación y de los sistemas eléctricos montados en el motor para motores diésel intraborda y el timón de gobierno (DOUE L303, 27.08.2021, p. 8), en lo que respecta a las normas armonizadas sobre tuberías metálicas industriales, sobre bulones de bridas y sus uniones y sobre calderas pirotubulares de acero inoxidable (DOUE L361, 12.10.2021, p. 53), en lo que respecta a las normas armonizadas sobre equipos de tierra para aeronaves, grúas, herramientas para minería y otras máquinas, elaboradas en apoyo de la Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y por la que se deroga la Decisión de Ejecución (UE) 2015/27 de la Comisión (DOUE L366, 15.10.2021, p. 109), respecto a las normas armonizadas para los juguetes elaboradas en apoyo

de la Directiva 2009/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L405, 16.11.2021, p. 14), respecto a las normas sobre los servicios postales y la mejora de la calidad del servicio en apoyo de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L369, 19.10.2021, p. 16).

En cuanto a la seguridad de los productos, el anexo XVII del Reglamento (CE) n.º 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo (REACH) se modifica en lo que respecta a los ácidos perfluorocarboxílicos que contienen de 9 a 14 átomos de carbono en la cadena (PFCA C9-C14), sus sales y las sustancias afines a los PFCA C9-C14 (DOUE L282, 5.08.2021, p. 29), por lo que respecta a la N,N-dimetilformamida, (DOUE L415, 22.11.2021, p. 16), y el anexo XIV del Reglamento (CE) n.º 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 L418, 24.11.2021, p. 6).

El anexo IV de la Directiva 2011/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, se modifica, para adaptarlo al progreso científico y técnico, por lo que respecta a una exención relativa al uso del ftalato de bis(2-etilhexilo) (DEHP), del ftalato de bencilo y butilo (BBP), del ftalato de dibutilo (DBP) y del ftalato de diisobutilo (DIBP) en piezas de repuesto recuperadas de productos sanitarios y utilizadas para la reparación o reacondicionamiento de tales productos (DOUE L402, 15.11.2021, p. 65), por lo que respecta a una exención relativa al uso del ftalato de bis(2-etilhexilo) (DEHP) en componentes de plástico de bobinas detectoras para tomografía por resonancia magnética nuclear (IRM) (DOUE L402, 15.11.2021, p. 69), y por lo que respecta a una exención relativa al uso del ftalato de bis(2-etilhexilo) (DEHP) en electrodos selectivos de iones para analizar líquidos corporales humanos y/o líquidos de diálisis (DOUE L402, 15.11.2021, p. 73Y se adopta una recomendación de la Comisión, relativa a la evaluación de la conformidad y los procedimientos de vigilancia del mercado en el contexto de la amenaza que representa la COVID-19 (DOUE L310, 2.09.2021, p. 1).

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 establecen las disposiciones detalladas en virtud de la Directiva (UE) 2021/555 del Parlamento Europeo y del Consejo para el intercambio sistemático, por medios electrónicos, de la información relativa a las denegaciones de concesión de autorizaciones de adquisición o tenencia de determinadas armas de fuego (DOUE L307, 1.09.2021, p. 3).

Se decide un proyecto piloto para aplicar las disposiciones de cooperación administrativa relativas a las autorizaciones denegadas establecidas en la Directiva (UE) 2021/555 del Parlamento Europeo y del Consejo por medio del Sistema de Información del Mercado Interior (DOUE L307, 1.09.2021, p. 20), y se complementa

el Reglamento (UE) 2017/2402 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre la cooperación, el intercambio de información y las obligaciones de notificación entre las autoridades competentes y la AEVM, la ABE y la AESPJ (DOUE L304I, 30.08.2021, p. 1).

Se modifica 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 L398, 11.11.2021, p. 19), se modifica la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se refiere a los umbrales para las concesiones (DOUE L398, 11.11.2021, p. 21), se modifica 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 L398, 11.11.2021, p. 23), se modifica 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 L398, 11.11.2021, p. 25).

Se modifican los anexos II, III y V del Reglamento (CE) n.º 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere al uso en productos cosméticos de determinadas sustancias clasificadas como carcinógenas, mutágenas o tóxicas para la reproducción (DOUE L387, 3.11.2021, p. 120).

Se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2017/565: en lo que respecta a la integración de los factores, riesgos y preferencias de sostenibilidad en determinados requisitos organizativos y condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios de inversión (DOUE L277, 2.08.2021, p. 1), y se corrige en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva (DOUE L277, 2.08.2021, p. 6). Se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo mediante la especificación de los criterios para determinar cuándo debe considerarse que una actividad es auxiliar de la actividad principal a nivel de grupo (DOUE L372, 20.10.2021, p. 1).

Se decide la equivalencia de los requisitos de supervisión y regulación de determinados terceros países y territorios a efectos del tratamiento de las exposiciones con arreglo al Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L349, 4.10.2021, p. 31), se establecen normas técnicas de ejecución que modifican el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1799 en lo que respecta a los cuadros de correspondencia que especifican la correspondencia entre las evaluaciones del riesgo de crédito de las agencias externas de calificación crediticia y los niveles de calidad crediticia establecidos en el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L407, 17.11.2021, p. 10), se modifica el Reglamento Delegado (UE) n.º 231/2013 en lo que atañe a los riesgos de sostenibilidad y los factores de sos-

tenibilidad que deben tener en cuenta los gestores de fondos de inversión alternativos (DOUE L277, 2.08.2021, p. 11).

La Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, se completa en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que determinan el contenido de las cláusulas contractuales sobre el reconocimiento de las competencias de suspensión de la resolución (DOUE L292, 16.08.2021, p.1), en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas al reconocimiento contractual de competencias de amortización y conversión (DOUE L329, 17.09.2021, p. 2), y se establecen normas técnicas de ejecución para su aplicación en lo que respecta a las plantillas y formatos uniformes para notificar la conclusión de que no es viable incluir el reconocimiento contractual de las competencias de amortización y conversión (DOUE L349, 4.10.2021, p. 5).

El Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo, se completa en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican los criterios con arreglo a los cuales las autoridades competentes podrán requerir cambios en la declaración de cumplimiento de los índices de referencia no significativos (DOUE L291, 13.08.2021, p. 1), se completa en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican los criterios para la evaluación por las autoridades competentes del cumplimiento en relación con la administración obligatoria de un índice de referencia crucial (DOUE L291, 13.08.2021, p. 4), se completa en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican los requisitos para garantizar que los mecanismos de gobernanza de los administradores sean suficientemente sólidos (DOUE L291, 13.08.2021, p. 9), se completa en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican las características de los sistemas y controles para la identificación y la comunicación de cualquier conducta que pueda entrañar manipulación o intento de manipulación de un índice de referencia (DOUE L291, 13.08.2021, p. 13), se completa en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican las condiciones para garantizar que la metodología para la determinación del índice de referencia cumpla los requisitos de calidad (DOUE L291, 13.08.2021, p. 16).

Se adopta un reglamento sobre la designación de un índice sustitutivo normativo para determinadas modalidades del LIBOR CHF (DOUE L374, 22.10.2021, p. 1), otro relativo a la designación de un índice de referencia sustitutivo del índice medio del tipo del euro a un día (DOUE L374, 22.10.2021, p. 6) y se completa la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican el marco para la cooperación y el intercambio de información entre las autoridades competentes de los Estados miembros de origen y de acogida en el contexto de la supervisión de las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico que presten servicios de pago transfronterizos (DOUE L343, 28.09.2021, p. 1).

Se modifica la Directiva Delegada (UE) 2017/593 en lo que atañe a la integración de los factores de sostenibilidad en las obligaciones en materia de gobernanza de productos (DOUE L277, 2.08.2021, p. 137), se modifica la Directiva 2010/43/UE en lo que atañe a los riesgos de sostenibilidad y los factores de sostenibilidad que deben tenerse en cuenta en relación con los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) (DOUE L277, 2.08.2021, p. 141), se completa el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante la especificación de los supuestos en los que las condiciones comerciales para los servicios de compensación de derivados extrabursátiles deben considerarse equitativas, razonables, no discriminatorias y transparentes (DOUE L317, 8.09.2021, p. 1) y se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2018/990 en lo que respecta a los requisitos aplicables a los activos recibidos por los fondos del mercado monetario en el marco de pactos de recompra inversa (DOUE L298, 23.08.2021, 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 deciden las contribuciones financieras que deberán ingresar las Partes del Fondo Europeo de Desarrollo para financiar dicho Fondo, en lo que atañe al tercer tramo de 2021 (DOUE L380, 27.10.2021, p. 20), las contribuciones financieras que deben ingresar las Partes del Fondo Europeo de Desarrollo para financiar dicho Fondo, incluidos el límite máximo para 2023, el importe anual para 2022, el importe del primer tramo para 2022 y una previsión indicativa y no vinculante de los importes anuales de las contribuciones previstos para los ejercicios 2024 y 2025 (DOUE L396, 10.11.2021, p. 61).

En cuanto a la redes transeuropeas, se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2021/182 para establecer el desglose de los recursos REACT-UE para 2022 por Estado miembro (DOUE L420, 25.11.2021, p. 123), se decide sobre el uso armonizado de las bandas de frecuencias emparejadas 874,4-880,0 MHz y 919,4-925,0 MHz y de la banda de frecuencias no emparejada 1 900 -1 910 MHz para la Radio Móvil Ferroviaria (DOUE L346, 30.09.2021, p. 1) y sobre la designación del Registro del dominio de primer nivel «.eu» (DOUE L378, 26.10.2021, p. 22).

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 la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea,

en la comisión creada por el Convenio para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Nordeste en relación con una decisión sobre el establecimiento de la zona marina protegida de la corriente del Atlántico Norte y el monte submarino Evlanov (ZMP NACES) y con una recomendación sobre la gestión de la ZMP NACES (DOUE L361, 12.10.2021, p. 46).

En los aspectos más generales de esta política, se adopta un reglamento por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1367/2006 relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (DOUE L356, 8.10.2021, p. 1), se crea un archivo de datos obligatorio y un mecanismo obligatorio de intercambio de información digital de conformidad con la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L400, 12.11.2021, p. 160) y se decide respecto al documento de referencia sectorial sobre las mejores prácticas de gestión medioambiental, los indicadores de comportamiento medioambiental y los parámetros comparativos de excelencia para el sector de la fabricación de productos metálicos a los efectos del Reglamento (CE) n.º 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L420, 25.11.2021, p. 55), así como respecto al documento de referencia sectorial sobre las mejores prácticas de gestión medioambiental, los indicadores de comportamiento medioambiental y los parámetros comparativos de excelencia para el sector de las telecomunicaciones y los servicios de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) a los fines del Reglamento (CE) n.º 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L420, 25.11.2021, p. 87). También se produce una Comunicación de la Comisión — Orientaciones técnicas sobre la defensa contra el cambio climático de las infraestructuras para el período 2021-2027 (DOUE C373, 16.09.2021, p. 1).

La gestión de los residuos suele ser objeto de regulación, y así se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva (UE) 2019/904 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al cálculo, la verificación y la comunicación de datos sobre la recogida separada de residuos de botellas para bebidas de plástico de un solo uso (DOUE L349, 4.10.2021, p. 19), y se modifica el Reglamento (CE) n.º 1418/2007, relativo a la exportación, con fines de valorización, de determinados residuos enumerados en los anexos III o IIIA del Reglamento (CE) n.º 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, a determinados países a los que no es aplicable la Decisión de la OCDE sobre el control de los movimientos transfronterizos de residuos (DOUE L373, 21.10.2021, p. 1).

En cuanto a la emisión de gases y calidad del aire ambiente, se deciden las emisiones de gases de efecto invernadero contempladas en la Decisión n.º 406/2009/

CE del Parlamento Europeo y del Consejo correspondientes a cada Estado miembro en 2019 (DOUE L378, 26.10.2021, p. 12), se modifica la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la exclusión de los vuelos procedentes del Reino Unido del régimen de comercio de derechos de emisión de la UE (DOUE L305, 31.08.2021, p. 1), se modifica el Reglamento (UE) 2018/956 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los datos sobre los vehículos pesados nuevos que deben ser objeto de seguimiento y comunicación por parte de los Estados miembros (DOUE L309, 2.09.2021, p. 1), se completa el Reglamento (UE) 2018/956 del Parlamento Europeo y del Consejo especificando los datos que deben notificar los Estados miembros para verificar las emisiones de CO₂ y el consumo de combustible de los vehículos pesados nuevos (DOUE L309, 2.09.2021, p. 3) y se modifica el anexo I del Reglamento (UE) 2019/631 del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de tener en cuenta la evolución de la masa de los turismos nuevos matriculados en 2017, 2018 y 2019 (DOUE L400, 12.11.2021, p. 14).

En el ámbito del diseño y etiquetado de productos, se modifica la Decisión (UE) 2017/175 en lo que respecta al período de validez de los criterios de la etiqueta ecológica de la UE para el alojamiento turístico y de los requisitos de evaluación y verificación correspondientes (DOUE L376, 22.10.2021, p. 1).

En cuanto a la Política de Salud, se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2021/1073 de la Comisión por la que se establecen especificaciones técnicas y normas relativas a la aplicación del marco de confianza para el certificado COVID digital de la UE establecido por el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L410, 18.11.2021, p. 180).

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 completa el Reglamento (UE) 2019/2152 del Parlamento Europeo y del Consejo especificando con más detalle la información estadística que deben facilitar las autoridades fiscales y aduaneras y modificando sus anexos V y VI (DOUE L339, 24.09.2021, p. 33), se completa el Reglamento (UE) 2019/1700 del Parlamento Europeo y del Consejo especificando el número y los títulos de las variables de las estadísticas en el ámbito de la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación para el año de referencia 2022 (DOUE L387, 3.11.2021, p. 58), se aplica el Reglamento (CE) n.º 1338/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las estadísticas sobre gastos y financiación de la asistencia sanitaria (DOUE L387, 3.11.2021, p. 110), se modifica el Reglamento (CE) n.º 1185/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo

jo, relativo a las estadísticas de plaguicidas, con respecto a la lista de sustancias activas (DOUE L410, 18.11.2021, p. 4), se especifican elementos técnicos de los conjuntos de datos de la encuesta muestral en el ámbito de la renta y las condiciones de vida sobre mercado laboral y vivienda, transmisión intergeneracional de ventajas y desventajas, dificultades relacionadas con la vivienda, y el tema ad hoc de 2023 sobre la eficiencia energética de los hogares, con arreglo al Reglamento (UE) 2019/1700 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L420, 25.11.2021, p. 23).

Se adopta un reglamento sobre la definición del territorio geográfico de los Estados miembros a los efectos del Reglamento (UE) 2019/516 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la armonización de la renta nacional bruta a precios de mercado («Reglamento RNB»), y por el que se deroga la Decisión 91/450/CEE, Euratom de la Comisión y el Reglamento (CE) n.º 109/2005 de la Comisión (DOUE L398, 11.11.2021, p. 1), otro sobre cómo se han de considerar las devoluciones a los sujetos no pasivos y a los sujetos pasivos por sus actividades exentas a los efectos del Reglamento (UE) 2019/516 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la armonización de la renta nacional bruta a precios de mercado («Reglamento RNB»), y por el que se deroga la Decisión 1999/622/CE, Euratom de la Comisión y el Reglamento (CE, Euratom) n.º 116/2005 de la Comisión (DOUE L398, 11.11.2021, p. 4) y un tercero sobre los principios para el cálculo de los servicios de alquiler de viviendas a los efectos del Reglamento (UE) 2019/516 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la armonización de la renta nacional bruta a precios de mercado («Reglamento RNB»), y por el que se deroga la Decisión 95/309/CE, Euratom de la Comisión y el Reglamento (CE) n.º 1722/2005 de la Comisión (DOUE L398, 11.11.2021, p. 6).

En Política de Educación se decide el marco de medidas de inclusión del programa Erasmus+ y del programa del Cuerpo Europeo de Solidaridad 2021-2027 (DOUE L378, 26.10.2021, p. 15).

XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO Y ESPACIO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

En la Política Científica se establecen las empresas comunes en el marco de Horizonte Europa y se derogan los Reglamentos (CE) n.º 219/2007, (UE) n.º 557/2014, (UE) n.º 558/2014, (UE) n.º 559/2014, (UE) n.º 560/2014, (UE) n.º 561/2014 y (UE) n.º 642/2014 (DOUE L427, 30.11.2021, p. 17), y se completa el Reglamento (UE) 2021/523 del Parlamento Europeo y del Consejo estableciendo elementos adicionales y normas detalladas para el cuadro de indicadores de InvestEU (DOUE L339, 24.09.2021, p. 4).

En el ámbito de la Propiedad Intelectual e Industrial, se concede protección en la Unión a la Indicación Geográfica «ក្រូចកំពត់»/«Kampot Pepper» inscrita en el Registro Internacional de Denominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas del Acta de Ginebra (DOUE L418, 24.11.2021, p. 11), 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 [«Chufa de Valencia» (DOP)] (DOUE L281, 4.08.2021, p. 3), se aprueba la protección contemplada en el artículo 99 del Reglamento (UE) n.º 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo para el nombre «Urueña» (DOP) (DOUE L389, 4.11.2021, p. 10), y 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 [«Cerezas de la Montaña de Alicante» (IGP)] (DOUE L415, 22.11.2021, p. 7).

XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

En relación con el Derecho de Empresas, se establecen normas de desarrollo del Reglamento (UE) n.º 904/2010 del Consejo en lo que respecta al régimen especial de las pequeñas empresas (DOUE L407, 17.11.2021, p. 27).

XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En los ámbitos de la Ciudadanía de la Unión y protección de los Derechos fundamentales, la Comisión adopta una Recomendación sobre la garantía de la protección, la seguridad y el empoderamiento de los periodistas y los otros profesionales de los medios de comunicación en la Unión Europea (DOUE L331, 20.09.2021, p. 8), un reglamento relativo a la protección adecuada de los datos personales por parte del Reino Unido (DOUE L360, 11.10.2021, p. 1) y una decisión con arreglo a la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por parte del Reino Unido (DOUE L360, 11.10.2021, p. 69).

También se adoptan decisiones, del Comité Director de la Agencia Ejecutiva Europea en los Ámbitos de la Salud y Digital relativa a las normas internas sobre las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco de las actividades llevadas a cabo por la Agencia Ejecutiva (DOUE L379, 26.10.2021, p. 57), y del Consejo de Administración, 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 de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por la que se deroga

ga la Decisión del Comité Ejecutivo 2019/05 de 27 de septiembre de 2019 (DOUE L413, 19.11.2021, p. 41).

En materia de iniciativas ciudadanas se decide sobre: la solicitud de registro de la propuesta de iniciativa ciudadana europea titulada «ReturnthePlastics: A Citizen’s Initiative to implement an EU-wide deposit-system to recycle plastic bottles», de conformidad con el Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L300, 24.08.2021, p. 2), la solicitud de registro de la iniciativa ciudadana europea titulada «Garantizar la conformidad de la política comercial común con los Tratados de la UE y el cumplimiento del Derecho internacional», al amparo del Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L328, 16.09.2021, p. 1), la solicitud de registro de la Iniciativa Ciudadana Europea titulada «Stop (((5G))) — Stay Connected but Protected» [«No a la (((5G))) — Conectados, pero protegidos»] con arreglo al Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L370, 19.10.2021, p. 1), la solicitud de registro de la iniciativa ciudadana europea titulada «Llamamiento a la acción — Protección del medio ambiente en todas las políticas», de conformidad con el Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L401, 12.11.2021, p. 3).

XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

En lo que se refiere a los aspectos generales de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), se modifica la Decisión (PESC) 2020/1515 por la que se crea la Escuela Europea de Seguridad y Defensa (EESD) (DOUE L369, 19.10.2021, p. 13), se decide una medida de asistencia en el marco del Fondo Europeo de Apoyo a la Paz para apoyar el desarrollo de capacidades de las Fuerzas Armadas de Bosnia y Herzegovina (DOUE L391, 5.11.2021, p. 45), se modifica la Decisión (PESC) 2020/1465 sobre una acción de la Unión Europea para apoyar el Mecanismo de Verificación e Inspección de las Naciones Unidas en Yemen (UNVIM) (DOUE L405, 16.11.2021, p. 12) y 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 (CEP) (DOUE L407, 17.11.2021, p. 37).

También el Consejo adopta dos recomendaciones, una relativa a las etapas del cumplimiento de los compromisos más vinculantes asumidos en el marco de la cooperación estructurada permanente (CEP) y a la especificación de objetivos más precisos, y por la que se deroga la Recomendación de 15 de octubre de 2018 (DOUE C464, 17.11.2021, p. 1) y otra por la que se evalúan los avances realizados por los Estados miembros participantes en el cumplimiento de los compromisos asumidos en el marco de la Cooperación Estructurada Permanente (DOUE C464, 17.11.2021, p. 10).

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: en vista de la situación en el Líbano (DOUE L277I, 2.08.2021, p. 1; DOUE L277I, 2.08.2021, p. 16), habida cuenta de la situación en Nicaragua (DOUE L277I, 2.08.2021, p. 12; DOUE L277I, 2.08.2021, p. 24; DOUE L361, 12.10.2021, p. 52), contra la República Popular Democrática de Corea (DOUE L283, 6.08.2021, p. 1; DOUE L283, 6.08.2021, p. 13), contra la República de Guinea (DOUE L283, 6.08.2021, p. 7; DOUE L283, 6.08.2021, p. 18; DOUE L377, 25.10.2021, p. 34), respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania (DOUE L321, 13.09.2021, p. 1; DOUE L321, 13.09.2021, p. 32; DOUE L359I, 11.10.2021, p. 1; DOUE L359I, 11.10.2021, p. 6), restricciones específicas aplicables a las relaciones económicas y financieras con Irak (DOUE L324, 14.09.2021, p. 1; DOUE L342, 27.09.2021, p. 43), habida cuenta de la situación en la República Centroafricana (DOUE L369, 19.10.2021, p. 1; DOUE L369, 19.10.2021, p. 11), habida cuenta de la situación en Burundi (DOUE L369, 19.10.2021, p. 15), contra la República Democrática del Congo (DOUE L377, 25.10.2021, p. 33), habida cuenta de la situación en Libia (DOUE L389I, 4.11.2021, p. 1; DOUE L389I, 4.11.2021, p. 3; DOUE L396, 10.11.2021, p. 1; DOUE L396, 10.11.2021, p. 64), habida cuenta de la situación en Venezuela (DOUE L400, 12.11.2021, p. 1; DOUE L400, 12.11.2021, p. 148), respecto a Belarús (DOUE L405, 16.11.2021, p. 1; DOUE L405, 16.11.2021, p. 3; DOUE L405, 16.11.2021, p. 8; DOUE L405, 16.11.2021, p. 10), en vista de la situación en Yemen (DOUE L410I, 18.11.2021, p. 1; DOUE L410I, 18.11.2021, p. 7), habida cuenta de las actividades de perforación no autorizadas de Turquía en el Mediterráneo oriental (DOUE L400, 12.11.2021, p. 11; DOUE L400, 12.11.2021, p. 157), habida cuenta de la situación en Siria (DOUE L402I, 15.11.2021, p. 1; DOUE L402I, 15.11.2021, p. 5), contra la proliferación y el uso de armas químicas (DOUE L361, 12.10.2021, p. 51).

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 sigue modificando el Reglamento (CE) n° 881/2002 del Consejo por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con las organizaciones EIL (Daesh) y Al-Qaida (DOUE L319, 10.09.2021, p. 1; DOUE L369, 19.10.2021, p. 14), contra determinadas personas, entidades y organismos que suponen una amenaza para la paz, la seguridad o la estabilidad de la República de Guinea Bissau (DOUE L283,

6.08.2021, p. 9; DOUE L283, 6.08.2021, p. 20), contra personas que incurren en violación del embargo de armas en relación con la República Democrática del Congo (DOUE L377, 25.10.2021, p. 1), contra los dirigentes de la región del Trans-Dniéster de la República de Moldova (DOUE L384, 29.10.2021, p. 108).

En relación con las Misiones de la UE, se nombra al comandante de la fuerza de la Misión de Formación Militar PCSD de la Unión Europea en la República Centroafricana (EUTM RCA) y se deroga la Decisión (PESC) 2020/1250 (EUTM RCA/1/2021) (DOUE L312, 3.09.2021, p. 1), se prorroga el mandato del jefe de misión de la Misión asesora PCSD de la Unión Europea en la República Centroafricana (EUAM RCA) (EUAM RCA/1/2021) (DOUE L428, 30.11.2021, p. 1), se inicia la Misión de Formación Militar de la Unión Europea en Mozambique (EUTM Mozambique) (DOUE L368, 18.10.2021, p. 5), y se decide una medida de asistencia en el marco del Fondo Europeo de Apoyo a la Paz para apoyar a las unidades militares formadas por la Misión de Formación de la UE en Mozambique (DOUE L415, 22.11.2021, p. 25).

Respecto a las Operaciones Militares de la UE, se decide el nombramiento del comandante de la Operación de la UE para la Operación Militar de la Unión Europea en el Mediterráneo (EUNAVFOR MED IRINI) (EUNAVFOR MED IRINI/3/2021) (DOUE L350, 4.10.2021, p. 1), el nombramiento del comandante de la Fuerza de la UE para la Operación Militar de la Unión Europea en el Mediterráneo (EUNAVFOR MED IRINI) y por la que se deroga la Decisión (PESC) 2021/561 (EUNAVFOR MED IRINI/4/2021) (DOUE L350, 4.10.2021, p. 7) y se confirma la autorización de la Operación Militar de la Unión Europea en el Mediterráneo (EUNAVFOR MED IRINI) (EUNAVFOR MED IRINI/5/2021) (DOUE L422, 26.11.2021, p. 3).

En cuanto al Control y reducción de armamentos, se modifica la Decisión (PESC) 2018/2010 en apoyo de la lucha contra la proliferación y tráfico ilícitos de armas pequeñas y armas ligeras (APAL) y de sus municiones y su impacto en América Latina y el Caribe en el marco de la Estrategia de la UE contra las armas de fuego, armas pequeñas y armas ligeras ilícitas y su munición «Seguridad de las armas, protección de los ciudadanos» (DOUE L334, 22.09.2021, p. 12), se decide en apoyo de la universalización, la aplicación y el refuerzo de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (CAC) (DOUE L334, 22.09.2021, p. 14), se modifica la Decisión (PESC) 2019/615 sobre el apoyo de la Unión a las actividades preparatorias de la reunión de 2020 de la Conferencia de las Partes Encargada del Examen del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (TNP) (DOUE L334, 22.09.2021, p. 22), se decide en apoyo de la lucha contra el tráfico ilícito y la proliferación de armas pequeñas y ligeras en los Estados miembros de la Liga de los

Estados Árabes — Fase II (DOUE L344, 29.09.2021, p. 7), se modifica la Decisión (PESC) 2019/97 en apoyo de la Convención sobre armas bacteriológicas y tóxicas en el marco de la Estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L415, 22.11.2021, p. 29), se decide en apoyo del refuerzo de la resiliencia en materia de bioseguridad y bioprotección mediante la Convención sobre Armas Bacteriológicas y Tóxicas (DOUE L421, 26.11.2021, p. 56) y en apoyo a la mejora de la eficacia operativa de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ) mediante imágenes por satélite (DOUE L421, 26.11.2021, p. 65), se modifica la Decisión (PESC) 2017/2370 de apoyo al Código de Conducta de La Haya y a la no proliferación de misiles balísticos en el contexto de la aplicación de la Estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L421, 26.11.2021, p. 70) y se modifica la Decisión (PESC) 2020/979 en apoyo del desarrollo de un sistema internacionalmente reconocido de validación de la gestión de armas y municiones con arreglo a normas internacionales abiertas (DOUE L421, 26.11.2021, p. 72).

XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

El desarrollo de la normativa de la Unión Europea en materia del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia suele requerir, con frecuencia, la celebración de Tratados internacionales para conseguir sus objetivos. Así, se autorizan el inicio de negociaciones con miras a un acuerdo de cooperación entre la Unión Europea y la Organización Internacional de Policía Criminal (OIPC-INTERPOL) (DOUE L287, 10.08.2021, p. 2) y el inicio de negociaciones con miras a un acuerdo de cooperación entre la Unión Europea y la Organización Internacional de Policía Criminal (OIPC-INTERPOL) (DOUE L287, 10.08.2021, p. 6).

En los aspectos más generales, se prorroga el mandato de la directora ejecutiva de Europol (DOUE L361, 12.10.2021, p. 50).

En materia de Visados, se decide la suspensión parcial del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Bielorrusia sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE L396, 10.11.2021, p. 58), la suspensión de determinadas disposiciones del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con Gambia (DOUE L360, 11.10.2021, p. 124).

Se decide la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde por el que se modifica el Acuerdo sobre la facilitación de la expedición de visados para estancias de corta duración a los ciudadanos de la República de Cabo Verde y de la Unión Europea y la celebración, en nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde por el que

se modifica el Acuerdo sobre la facilitación de la expedición de visados para estancias de corta duración a los ciudadanos de la República de Cabo Verde y de la Unión Europea (DOUE L371, 19.10.2021, p. 1, 3 y 5).

En materia de libre circulación, asilo y flujos migratorios, se establece la equivalencia, a fin de facilitar el derecho a la libre circulación dentro de la Unión, entre los certificados COVID-19 expedidos por el Estado de la Ciudad del Vaticano y los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L277, 2.08.2021, p. 148), entre los certificados COVID-19 expedidos por San Marino y los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L277, 2.08.2021, p. 151), entre los certificados COVID-19 expedidos por Andorra y los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L325, 15.09.2021, p. 33), entre los certificados COVID-19 expedidos por la República de Albania y los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L325, 15.09.2021, p. 36), entre los certificados COVID-19 expedidos por las Islas Feroe y los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L325, 15.09.2021, p. 39), entre los certificados COVID-19 expedidos por Mónaco y los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L325, 15.09.2021, p. 42), entre los certificados COVID-19 expedidos por la República de Panamá y los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L325, 15.09.2021, p. 45), entre los certificados COVID-19 expedidos por el Reino de Marruecos y los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L325, 15.09.2021, p. 48), entre los certificados COVID-19 expedidos por el Estado de Israel y los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L325, 15.09.2021, p. 51), entre los certificados COVID-19 expedidos por Ucrania y los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L297, 20.08.2021, p. 35), entre los certificados COVID-19 expedidos por la República de Macedonia del Norte y los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L297, 20.08.2021, p. 38), entre los certificados COVID-19 expedidos por la República de Turquía y los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L297, 20.08.2021, p. 41), entre los certificados COVID-19 expedidos por la República de Armenia y los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L384,

29.10.2021, p. 109), entre los certificados COVID-19 expedidos por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L384, 29.10.2021, p. 112), entre los certificados COVID-19 expedidos por Nueva Zelanda y los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L405, 16.11.2021, p. 20), entre los certificados COVID-19 expedidos por la República de Moldavia y los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L405, 16.11.2021, p. 23), entre los certificados COVID-19 expedidos por Georgia y los expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L405, 16.11.2021, p. 26), entre los certificados COVID-19 expedidos por la República de Serbia y los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L405, 16.11.2021, p. 29), entre los certificados COVID-19 expedidos por la República de Togo y los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L420, 25.11.2021, p. 126), entre los certificados COVID-19 expedidos por Singapur y los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L420, 25.11.2021, p. 129).

Se produce una Comunicación de la Comisión — Aprovechar todas las ventajas de los certificados COVID digitales de la UE: respaldar la libre circulación de los ciudadanos y la recuperación del sector del transporte aéreo mediante orientaciones y recomendaciones para los Estados miembros de la UE (DOUE C313, 5.08.2021, p. 2) y siete Recomendaciones del Consejo por las que se modifica la Recomendación (UE) 2020/912 del Consejo sobre la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE y el posible levantamiento de dicha restricción (DOUE L306, 31.08.2021, p. 4; DOUE L320, 10.09.2021, p. 1; DOUE L341, 24.09.2021, p. 1; DOUE L360, 11.10.2021, p. 128; DOUE L388, 3.11.2021, p. 1; DOUE L397, 10.11.2021, p. 28; DOUE L413, 19.11.2021, p. 37).

En lo que se refiere a Fronteras y Flujos migratorios se adopta una directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, y por el que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo (DOUE L382, 28.10.2021, p. 1).

Por último en los Ámbitos referidos a la justicia, se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Especializado en Cooperación Policial y Judicial establecido por el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, en lo que respecta a la

prórroga del período mencionado en el artículo 540, apartado 3, de dicho Acuerdo durante el cual pueden intercambiarse perfiles de ADN e impresiones dactilares con el Reino Unido (DOUE L345, 30.09.2021, p. 36), y el Comité Especializado creado por el artículo 8, apartado 1, letra r), del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, prorroga el período contemplado en el artículo 540, apartado 3, durante el cual pueden intercambiarse perfiles de ADN y datos dactiloscópicos con el Reino Unido (2021/1946) (DOUE L397, 10.11.2021, p. 32).

Crónica normativa de la Junta de Andalucía¹

Decreto-ley 16/2021, de 3 de agosto, por el que se crean la Agencia Empresarial para la Transformación y el Desarrollo Económico (TRADE) y la Agencia para la Calidad Científica y Universitaria de Andalucía (ACCUA) [BOJA núm. 153, de 10 de agosto de 2021]

Este Decreto-ley tiene por objeto la creación, con la denominación de Agencia Empresarial para la Transformación y el Desarrollo Económico (TRADE), de una entidad con la naturaleza de agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, para el ejercicio de las funciones que tienen asignadas en la actualidad la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), la Agencia Andaluza del Conocimiento y «EXTENDA-Empresa Pública Andaluza de Promoción Exterior, S.A y Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza, así como la creación, con la denominación de Agencia para la Calidad Científica y Universitaria de Andalucía (ACCUA), de una agencia administrativa para llevar a cabo las competencias en materia de evaluación y acreditación de las actividades universitarias y de evaluación y acreditación de las actividades de investigación, desarrollo e innovación de los Agentes del Sistema Andaluz del Conocimiento actualmente desarrolladas por la Agencia Andaluza del Conocimiento.

Decreto-ley 17/2021, de 7 de septiembre, por el que se modifica el Decreto-ley 4/2021, de 23 de marzo, por el que se adoptan diversas medidas, con carácter urgente y extraordinario, como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19), y se modifican otras disposiciones normativas [BOJA núm. 175, de 10 de septiembre de 2021]

Este Decreto-ley modifica el 4/2021, flexibilizando los requisitos para que las empresas puedan ser beneficiarias de las, estableciendo en hasta veinte trabajadores la plantilla media para poder optar a la subvención. También flexibiliza el plazo de presentación de solicitudes, que queda a lo que se determine en la correspondiente convocatoria.

Decreto-ley 20/2021, de 28 de septiembre, por el que se modifica el Decreto-ley 10/2021, de 1 de junio, por el que se establecen las bases reguladoras y se convocan subvenciones a personas trabajadoras autó-

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 2021.

nomas y empresas para el apoyo a la solvencia y reducción del endeudamiento del sector privado [BOJA núm. 81, de 29 de septiembre]

El Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de COVID-19, creó la Línea COVID de ayudas directas a autónomos y empresas, con una dotación total de 7.000 millones de euros, encomendando a las comunidades autónomas y a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla su gestión y control. Mediante Decreto-ley 10/2021, de 1 de junio, por el que se establecen las bases reguladoras y se convocan subvenciones a personas trabajadoras autónomas y empresas para el apoyo a la solvencia y reducción del endeudamiento del sector privado, publicado en el Boletín Extraordinario número 51, de 4 de junio de 2021, se aprobó en Andalucía la Línea COVID de ayudas directas a autónomos y empresas, en el que se regula el importe de la disponibilidad presupuestaria y se tienen en cuenta, además de las actividades económicas elegibles relacionadas en el Anexo I del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, otros sectores económicos o productivos que también se hayan visto afectados en el ámbito de Andalucía por la situación generada por la COVID-19, que fueron recogidos en el Acuerdo Andaluz de medidas extraordinarias en el marco de la reactivación económica y social suscrito por CCOO-A, UGT-A y la CEA y la Junta de Andalucía. En tal contexto y aunque las empresas más afectadas por la crisis de la COVID-19 hayan podido acceder a estas ayudas, la disposición final tercera del Real Decreto-ley 17/2021, de 14 de septiembre, de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad, modificó nuevamente el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, modificando el ámbito temporal cubierto por las ayudas y aclarando algunos extremos, con el fin de permitir que las ayudas puedan llegar a todos los sectores y ámbitos geográficos que lo necesitan para incorporarse a la recuperación económica.

Mediante el presente Decreto-ley se trasladan a la regulación andaluza las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 17/2021, de 14 de septiembre, en primer lugar, ampliando en cuatro meses, desde el 31 de mayo hasta el 30 de septiembre el plazo de cobertura de las ayudas, estableciendo dos tramos en la fecha de generación de las facturas y de la fecha de pago de las mismas, en su caso. En segundo lugar, en línea con lo previsto en el Marco Temporal de la Unión Europea, se introducen como novedades dos tipos de conceptos, el primero de ellos, el concepto de costes fijos incurridos, a los efectos de su compensación y en segundo lugar las pérdidas contables. De otra parte, se introduce en el este Decreto-ley la existencia de un régimen transitorio en el cual las subvenciones solicitadas o concedidas al amparo de la normativa anterior, cuyas deudas y pagos a proveedores y otros acreedores, financieros y no financieros, habían de estar pendientes a 31 de mayo de 2021, han de convivir con las deudas y pagos que a la luz de la reforma operada en el Real De-

creto-ley 17/2021, de 14 de septiembre, han de estar pendientes a 30 de septiembre de 2021. Es por ello que se establece una diferenciación entre ambos periodos que aclara la situación en la que se encuentran numerosos solicitantes, quienes de otro modo pudieran haberse visto claramente perjudicados en su derecho. Y por último, se modifica el término inicial del plazo de presentación de la documentación justificativa de la subvención, manteniendo el término final de la misma, ya que de otro modo, tras la modificación operada en este Decreto-ley y la ampliación de plazo producida respecto del periodo de generación de las deudas, pagos pendientes y costes fijos incurridos, se entorpecería el correcto cumplimiento de la satisfacción de pagos, en su caso, al colocar a los solicitantes en una situación apremiante en el tiempo y complicada en la práctica usual del tráfico mercantil.

Decreto-ley 19/2021, de 28 de septiembre, por el que, con carácter extraordinario y urgente, se establecen medidas en materia educativa dirigidas a los Centros Docentes Concertados y a la Red de Centros adheridos al programa de ayuda a las familias para el fomento de la escolarización en el primer ciclo de la educación infantil en Andalucía, ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19) [BOJA extraordinario núm. 81, de 29 de septiembre]

Este Decreto-ley establece subvenciones para que los centros docentes concertados puedan afrontar el coste que conlleva el cierre total o parcial y la adopción de medidas específicas y extraordinarias de higiene y limpieza en la lucha contra el COVID.

Decreto-ley 22/2021, de 13 de octubre, por el que se modifica el Decreto-ley 6/2020, de 30 de marzo, por el que se establecen medidas administrativas extraordinarias y urgentes en el ámbito social y económico como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19), y el Decreto-ley 10/2020, de 29 de abril, por el que se establecen medidas extraordinarias y urgentes de flexibilización administrativa en materia de ayudas en el ámbito del empleo y medidas complementarias con incidencia en el ámbito económico, local y social como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19), en relación con las medidas extraordinarias dictadas para la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía [BOJA núm. 200, de 18 de octubre]

El Gobierno de Andalucía, ante la situación de emergencia social que provocó la pandemia, desplegó un conjunto de medidas destinadas a dar respuesta a las necesidades de la población vulnerable. En materia de Renta Mínima de Inserción Social se adoptaron medidas extraordinarias y de urgencia mediante el Decreto-ley

6/2020, de 30 de marzo, por el que se establecen medidas administrativas extraordinarias y urgentes en el ámbito social y económico como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19) así como mediante el Decreto-ley 10/2020, de 29 de abril, por el que se establecen medidas extraordinarias y urgentes de flexibilización administrativa en materia de ayudas en el ámbito del empleo y medidas complementarias con incidencia en el ámbito económico, local y social como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19). Este Decreto-ley establece medidas de flexibilización de los procedimientos que, junto con la implementación del plan de choque mediante el refuerzo de personal para la revisión de los expedientes resueltos con arreglo a las medidas extraordinarias implementadas, se espera que permitan tramitar la práctica totalidad de los procedimientos en el periodo de 6 meses de duración.

Decreto 236/2021, de 19 de octubre, por el que se crea y regula el Registro de Profesionales Sanitarios Objetores de Conciencia a la prestación de ayuda para morir en Andalucía y la Comisión de Garantía y Evaluación para la prestación de ayuda para morir de la Comunidad Autónoma de Andalucía [BOJA extraordinario núm. 86, de 20 de octubre]

La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la Eutanasia, regula el derecho que corresponde a toda persona que cumpla las condiciones exigidas, a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir, el procedimiento que ha de seguirse y las garantías que han de observarse. También contempla la posibilidad de objeción de conciencia del personal sanitario llamado a colaborar en el acto de ayuda médica para morir, y ordena a las administraciones sanitarias la creación de un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia. Sometido al principio de estricta confidencialidad y a la normativa de protección de datos personales. Por otra parte, la citada Ley Orgánica regula las Comisiones de Garantía y Evaluación, que habrán de ser creadas en cada Comunidad Autónoma por los respectivos gobiernos autonómicos, que determinarán su régimen jurídico.

En desarrollo de esta norma, este Decreto crea y regula el Registro de Profesionales Sanitarios Objetores de Conciencia a la prestación de ayuda para morir y la Comisión de Garantía y Evaluación para la prestación de ayuda para morir de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

- El Registro de Profesionales Sanitarios Objetores de Conciencia a la prestación de ayuda para morir en Andalucía es único y está adscrito, orgánicamente, al órgano directivo competente en materia de personal del Servicio Andaluz de Salud. Contará con una persona responsable en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que será nombrada por el órgano directivo competente en materia de personal del Servicio Andaluz de Salud, entre el personal funcionario o estatutario adscrito a di-

cho órgano perteneciente al Grupo A1 y nivel mínimo de jefatura de servicio. Tendrá los siguientes fines: a) inscribir las declaraciones de objeción de conciencia formuladas por los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir y que presten sus servicios en Andalucía; b) actualizar los datos registrales y, en su caso, su cancelación; c) custodiar y conservar la documentación que sirva de base a las inscripciones; d) expedir certificaciones sobre los datos inscritos; e) facilitar la necesaria información para que los centros y establecimientos sanitarios puedan garantizar una adecuada gestión de la prestación sanitaria de ayuda para morir y f) facilitar a la Comisión la información que permita elaborar el informe anual de evaluación acerca de la aplicación de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Se inscribirán en el Registro los siguientes datos: a) datos de identificación del profesional sanitario que presenta declaración de objeción de conciencia: nombre, apellidos, sexo y documento nacional de identidad; b) datos profesionales: profesión, especialidad, centro sanitario y unidad asistencial en la que presta el servicio; c) supuestos de objeción de conciencia que se declaran: 1.º administración directa al paciente de sustancia por parte de profesional sanitario competente y 2.º prescripción o suministro al paciente por parte de profesional sanitario de sustancia, de manera que esta se le pueda auto administrar, para causar su propia muerte; d) fecha de la declaración. El contenido del Registro no tiene carácter público quedando limitado el tratamiento de los datos recogidos única y exclusivamente a las finalidades previstas. La decisión del profesional sanitario de no realizar la prestación de ayuda para morir para un caso concreto no será objeto de inscripción en el Registro, sin perjuicio de que deba manifestarse anticipadamente y por escrito, a la persona responsable del centro sanitario donde se esté llevando a cabo el proceso, a los efectos de que se realicen las actuaciones necesarias para poder hacerla efectiva, de modo que el profesional sanitario directamente implicado en la prestación de ayuda para morir, tanto del sector público como privado, que desempeñe su actividad en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía habrá de ejercer, mediante declaración, su derecho a la objeción de conciencia a la prestación de esta ayuda en los términos legalmente establecidos. La declaración de objeción de conciencia se podrá presentar en cualquier momento de la vida laboral del profesional sanitario.

- La Comisión de Garantía y Evaluación para la prestación de ayuda para morir de la Comunidad Autónoma de Andalucía es un órgano colegiado asesor, de carácter multidisciplinar, decisorio y de control, que actúa con autonomía funcional e independencia en el ejercicio de sus funciones. Sin perjuicio de su independencia funcional, la Comisión queda adscrita orgánicamente a la Viceconsejería de la Consejería competente en materia de salud. De conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, le corresponden a la Comisión

las actuaciones de verificación previa relacionadas con la prestación de ayuda para morir, en particular:

a) resolver en el plazo máximo de veinte días naturales las reclamaciones que formulen las personas a las que el médico responsable haya denegado su solicitud de prestación de ayuda para morir, así como dirimir los conflictos de intereses que puedan suscitarse según lo previsto en el artículo 14 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo; b) verificar en el plazo máximo de dos meses si la prestación de ayuda para morir se ha realizado de acuerdo con los procedimientos previstos en la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo; c) detectar posibles problemas en el cumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, proponiendo, en su caso, mejoras concretas para su incorporación a los manuales de buenas prácticas y protocolos; d) resolver dudas o cuestiones que puedan surgir durante la aplicación de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, sirviendo de órgano consultivo en esta materia en la Comunidad Autónoma de Andalucía; e) elaborar y hacer público un informe anual de evaluación acerca de la aplicación de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, y f) cualesquiera otras que le atribuya la legislación vigente. La Comisión estará integrada por trece personas designadas y nombradas por la persona titular de la Consejería competente en materia de salud, en los siguientes términos: la Presidencia y Vicepresidencia, con formación y experiencia específica en bioética, y once vocalías con la siguiente composición: 1.º Cuatro personas tituladas en Medicina, con formación y experiencia específica en bioética de al menos dos años, así como con experiencia mínima de cuatro años en los servicios sanitarios. Al menos una de ellas deberá estar en posesión de la titulación de especialista en Psiquiatría y otra en Medicina de Familia y Comunitaria. Una de ellas será nombrada previa consulta al Consejo Andaluz de Colegios de Médicos. 2.º Cuatro personas tituladas en Derecho con experiencia mínima de cuatro años en materia de derecho sanitario. Una de ellas será nombrada previa consulta al Consejo Andaluz de Colegios de Abogados. 3.º Tres personas tituladas en Enfermería con formación y experiencia específica en bioética de al menos dos años, así como con experiencia mínima de cuatro años en los servicios sanitarios. Una de ellas será nombrada previa consulta al Consejo Andaluz de Colegios de Enfermería. Las personas integrantes de la Comisión serán nombradas por un período de cuatro años renovables, pudiendo ser designados y nombrados nuevamente para períodos posteriores.

Decreto 242/2021, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Consejo Audiovisual de Andalucía [BOJA núm. 209, de 20 de octubre]

El artículo 131 del Estatuto de Autonomía para Andalucía configura el Consejo Audiovisual de Andalucía como la autoridad audiovisual independiente encarga-

da de velar por el respeto de los derechos, libertades y valores constitucionales y estatutarios en los medios audiovisuales, tanto públicos como privados, en Andalucía, así como velar por el cumplimiento de la normativa vigente en materia audiovisual y de publicidad. La Ley 1/2004, de 17 de diciembre, de creación del Consejo Audiovisual de Andalucía, reguló su composición, funcionamiento y régimen jurídico, estableciendo expresamente en su artículo 13 que se regulará por lo dispuesto en esta Ley, en su Reglamento Orgánico y de Funcionamiento, así como por las normas reguladoras del régimen jurídico y de los procedimientos administrativos de la Junta de Andalucía. En aplicación de estas previsiones legales y en desarrollo de la Ley 1/2004, de 17 de diciembre, se dictó el Decreto 219/2006, de 19 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Consejo Audiovisual de Andalucía, que fue posteriormente modificado por el Decreto 135/2012, de 22 de mayo. Este Decreto viene a sustituirlo, para adecuarlo a la normativa aprobada desde entonces, y, en particular, a la Ley 10/2018, de 9 de octubre, Audiovisual de Andalucía, y a la Ley 2/2019, de 26 de junio, relativa a la modificación de la Ley 18/2007, de 17 de diciembre, de la Radio y Televisión de titularidad autonómica gestionada por la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) y de la Ley 1/2004, de 17 de diciembre, de creación del Consejo Audiovisual de Andalucía. El Capítulo I, disposiciones de carácter general, recoge la naturaleza jurídica, su composición y el ámbito de actuación del Consejo, así como los principios rectores de su funcionamiento, su sede y su régimen jurídico. El Capítulo II está dedicado a los órganos que componen el Consejo y a su régimen de funcionamiento. Se divide en cinco secciones, en las que se regulan sucesiva y separadamente el Pleno; la Presidencia; los consejeros y las consejeras; las comisiones, grupos de trabajo y ponencias; y el personal de apoyo a la Presidencia y a los consejeros y consejeras, integrado en el Gabinete de la Presidencia y en el Gabinete de Comunicación. El Capítulo III, dividido en tres secciones, recoge los artículos dedicados a regular la Secretaría General, las distintas áreas y el personal de la administración al servicio del Consejo. Respecto a los procedimientos de actuación, el Capítulo IV regula a lo largo de sus tres secciones los principios que deben regir la misma, entre los que se ha destacado de forma expresa en un artículo, por su novedad y relevancia, los de transparencia y participación ciudadana; los distintos procedimientos de actuación con los que cuenta el Consejo; y las diversas formas de relacionarse con otras instituciones. También se regula el sistema de seguimientos de alertas y el procedimiento de quejas, peticiones y sugerencias ante la Oficina de Defensa de la Audiencia. Finalmente, en el Capítulo V se recogen los artículos dedicados al régimen de contratación, al patrimonio, y al régimen económico, presupuestario y de control del Consejo.

Decreto-ley 24/2021, de 3 de noviembre, por el que se modifican el Decreto-ley 10/2021, de 1 de junio, por el que se establecen las bases regu-

ladoras y se convocan subvenciones a personas trabajadoras autónomas y empresas para el apoyo a la solvencia y reducción del endeudamiento del sector privado, y el Decreto-ley 20/2021, de 28 de septiembre, por el que se modifica el Decreto-ley 10/2021, de 1 de junio [BOJA extraordinario núm. 89, de 3 de noviembre de 2021]

Este Decreto-ley modifica el Decreto-ley 20/2021, de 28 de septiembre, por el que a su vez se modifica el Decreto-ley 10/2021, de 1 de junio, por el que se establecen las bases reguladoras y se convocan subvenciones a personas trabajadoras autónomas y empresas para el apoyo a la solvencia y reducción del endeudamiento del sector privado. Se posibilita, con ello, la inclusión de los gastos como salarios y costes sociales como costes fijos incurridos y se modifican otras disposiciones normativas, para evitar la doble financiación para una misma finalidad, así como para establecer la expresa incompatibilidad con la prestación por cese de actividad recibida por las personas trabajadoras autónomas en el mismo periodo de tiempo. También se amplía el ámbito de las posibles empresas beneficiarias.

Decreto-ley 23/2021, de 3 de noviembre, de medidas extraordinarias y urgentes de apoyo económico a los centros de atención residencial, centros de día y centros de día con terapia ocupacional para personas en situación de dependencia [BOJA extraordinario núm. 89, de 3 de noviembre de 2021]

Como argumenta la Exposición de Motivos de este Decreto-ley, entre las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía se encuentran los servicios de atención residencial y centro de día para personas mayores en situación de dependencia y los servicios de atención residencial, centro de día y centro de día con terapia ocupacional para personas con discapacidad en situación de dependencia. Desde que el COVID-19 fuera declarado pandemia, la prestación de estos servicios se ha visto afectada por su evolución y los centros donde se prestan han tenido que ir elaborando y adaptando planes de contingencia según su tipología, con medidas dirigidas a asegurar la protección de personas usuarias y de profesionales, dotándoles con equipos de protección, de desinfección y material sanitario que minimicen los riesgos de contagio, conforme a las órdenes de la Consejería de Salud y Familias, por la que se aprueban y actualizan las medidas sanitarias y preventivas de salud pública en los centros sociosanitarios, otros centros y servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19). Por otro lado, tanto el gobierno central como el andaluz han ido adoptando diversas medidas adaptadas a las circunstancias de cada momento, tendentes a contener y prevenir la expansión del virus. Entre ellas, en el ámbito de la prestación de los mencionados servicios, destaca la aprobación en Anda-

lucía del Decreto-ley 31/2020, de 1 de diciembre, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de evaluación ambiental estratégica de determinados instrumentos de planeamiento urbanístico y para impulsar la realización de proyectos de absorción de emisiones en Andalucía, así como de apoyo económico a las entidades prestadoras de los servicios de atención residencial, centro de día y de noche, y centro de día con terapia ocupacional para personas en situación de dependencia, como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19), y del Decreto-ley 15/2021, de 20 de julio, por el que se adopta una medida extraordinaria y urgente de apoyo económico a las entidades prestadoras de los servicios de atención residencial, centro de día y centro de día con terapia ocupacional para personas en situación de dependencia, como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19). En ambas normas se contienen medidas dirigidas a paliar o reducir los efectos económicos extraordinarios provocados a los centros con plazas contratadas, conveniadas o concertadas con la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía por la crisis sanitaria y por el cumplimiento de las medidas obligatorias de prevención e higiénico-sanitarias establecidas por las autoridades sanitarias, a fin de asegurar la continuidad de la prestación de los servicios a las personas beneficiarias del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía y evitar el cierre de centros. Actualmente, aun cuando la crisis sanitaria no se ha superado, en la Comunidad Autónoma andaluza estamos ante un nuevo escenario favorable de la evolución de la pandemia en el que, habiéndose reactivado la prestación de los servicios, los centros deben garantizar la prestación efectiva de los mismos en función de la situación epidemiológica en cada momento, así como cumplir las medidas preventivas de salud pública establecidas. En esta situación, estos centros deben continuar con la prestación de los servicios públicos y sobreponerse a la situación económica que arrastran por los gastos que han tenido que hacer frente como consecuencia del COVID-19. En este contexto, tras las medidas de apoyo económico anteriormente adoptadas en el Decreto-ley 31/2020, de 1 de diciembre, y Decreto-ley 15/2021, de 20 de julio, se considera necesario llevar a cabo medidas de apoyo económico para las entidades prestadoras de servicio de centro de día y atención residencial de personas beneficiarias en situación de dependencia, con el objetivo de garantizar la continuidad asistencial de las persona en situación de dependencia, que amortigüen los efectos económicos ocasionados con motivo de hacer frente al mantenimiento de las recomendaciones sanitarias y las medidas de protección con la finalidad de frenar y reducir el contagio, así como el mantenimiento de los puestos de trabajo. La medida se cuantifica en un importe establecido por plaza concertada y ocupada en los periodos comprendidos desde el 14 marzo hasta el 30 de junio de 2020 y desde el 9 de mayo hasta el 31 de octubre de 2021. Este abono adicional es una medida para paliar los efectos económicos ocasionados por la compra de EPI, gastos de contratación de

personal y otras medidas adicionales de higiene y protección realizadas en los centros durante el referido periodo.

Ley 6/2021, de 15 de noviembre, de medidas para la renovación y modernización de los establecimientos de alojamiento turístico [BOJA núm. 224, de 22 de noviembre de 2021]

Esta Ley proviene de la tramitación como proyecto de Ley del Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, por el que se disponen medidas de incentivo para la renovación y modernización de los establecimientos de alojamiento turístico. Pese a su controvertido contenido, fue aprobada con los votos a favor de PSOE-A, PP-A, Cs y Vox y el rechazo de Unidas Podemos y los diputados no adscritos procedentes de Adelante Andalucía. Declara perseguir la dinamización económica del sector turístico, posibilitando la modernización de los establecimientos, el aumento de categoría y la adaptación de sus instalaciones a las exigencias derivadas de la crisis sanitaria del COVID-19. Su ámbito objetivo de aplicación lo constituyen los establecimientos de alojamiento turístico que se hallen legalmente edificados en suelo urbano y que requieren realizar obras de ampliación o reforma para su renovación y modernización. Para este tipo de obras, se establece un margen de flexibilidad en la aplicación de los parámetros urbanísticos de edificabilidad, ocupación y altura, como medida de carácter excepcional y transitorio de aplicación a las licencias de obras que con esta finalidad se soliciten en el plazo de tres años desde la entrada en vigor de la ley. Con carácter general, la norma permite incrementar hasta un quince por ciento la edificabilidad y la ocupación en las parcelas donde exista un establecimiento turístico. En determinados supuestos, este porcentaje podrá alcanzar el veinte por ciento para incentivar actuaciones de recualificación que permitan a los establecimientos adaptarse a las categorías superiores. Si el incremento de edificabilidad necesario para acometer las obras de reforma y ampliación de un establecimiento de alojamiento turístico comporta un incremento del aprovechamiento objetivo superior al diez por ciento, será necesario modificar la ordenación urbanística del instrumento de planeamiento que contenga la ordenación detallada de la parcela. No será preceptiva la aprobación de un instrumento de planeamiento en el caso de que el proyecto de reforma o ampliación del establecimiento de alojamiento turístico no comporte un aumento del aprovechamiento objetivo superior al diez por ciento del previsto en el planeamiento urbanístico o del existente materializado en la parcela, si este último fuera mayor, bastando en tal caso la obtención de licencia municipal en los términos previstos en esta ley. En la aplicación de lo anterior, como consecuencia de la operación de ampliación o reforma, podrá incrementarse la altura máxima permitida por el planeamiento o la existente, si esta fuera mayor, siempre que sea necesario para ubicar escaleras, ascensores, instalaciones y otros elementos auxiliares de la edifica-

ción. Estos elementos no computarán en la edificabilidad máxima permitida. Igualmente, podrá incrementarse la altura permitida por el planeamiento o la existente, si esta fuera mayor, en cuanto resulte necesario para implantar en la cubierta del edificio servicios complementarios al alojamiento tales como restaurante, gimnasio, spa, solárium, piscina u otros. Las edificaciones y construcciones necesarias para prestar los referidos servicios no podrán ocupar una superficie superior al treinta por ciento de la cubierta, salvo que el planeamiento urbanístico contemple un porcentaje mayor de ocupación por la edificación de este espacio. Dichas edificaciones y construcciones computarán en la edificabilidad máxima permitida sólo si así se establece en las normas del planeamiento que resulte de aplicación y en los términos en que se disponga en tales normas. El proyecto de obras podrá reordenar los volúmenes existentes, prever el aprovechamiento del subsuelo para usos habitables, salvo el de alojamiento, y redistribuir el número de plazas de alojamiento autorizadas. Podrán incrementarse el número de plazas y de unidades de alojamiento hasta en un 10%, siempre que cumplan las dimensiones mínimas exigidas para cada tipo de establecimiento y para cada tipo de unidad de alojamiento. Por otro lado, los proyectos de obra que se acojan a la regulación contenida en esta ley estarán sujetos, en todo caso, a licencia urbanística municipal y precisarán de un informe de la Consejería competente en materia de turismo al objeto de comprobar que el proyecto persigue alguna de sus finalidades. La norma contempla su aplicación a los establecimientos que se hallen legalmente en funcionamiento y cuyos edificios se encuentren en «situación de fuera de ordenación» por tratarse de establecimientos legalmente edificados respecto de los cuales, tras su construcción, se aprobó una innovación de planeamiento que alteró los parámetros urbanísticos de la parcela en la que se encuentran. Se excluye, no obstante, la aplicación del régimen contenido en la normativa a los inmuebles que el planeamiento ha previsto expresamente que deben expropiarse o demolerse por resultar totalmente incompatibles con la ordenación urbanística. Se deja igualmente fuera de su ámbito de aplicación a los edificios en situación de «asimilado a fuera de ordenación» (edificios irregulares respecto de los que no se pueden adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística). La Ley, respecto del Decreto-ley, contiene como novedad más significativa su aplicación a las actuaciones de mejora en los palacios de exposiciones y congresos existentes en la Comunidad Autónoma.

OTRAS DISPOSICIONES DE INTERÉS PARA LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA¹

PRESIDENCIA

Ley 5/2021, de 20 de octubre, de Tributos Cedidos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 206, de 26 de octubre).

CONSEJERÍA DE TURISMO, REGENERACIÓN, JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL

Decreto 218/2021, de 7 de septiembre, por el que se aprueba el Plan General del Turismo Sostenible de Andalucía META 2027 (BOJA 176, de 13 de septiembre).

Orden de 15 de septiembre de 2021, por la que se publican los formularios normalizados de solicitud para la tramitación del procedimiento para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 189, de 30 de septiembre).

Orden de 30 de septiembre de 2021, por la que se modifica la Orden de 16 de diciembre de 2019, por la que se establece la política de seguridad de las tecnologías de la información y comunicaciones en el ámbito de la Consejería (BOJA 194, de 7 de octubre).

Decreto-ley 21/2021, de 13 de octubre, por el que se aprueba el Programa andaluz de colaboración financiera específica extraordinaria con las entidades locales especialmente afectadas por fenómenos naturales adversos acaecidos en las provincias de Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga y Sevilla (BOJA 202, de 20 de octubre).

Resolución de 14 de octubre de 2021, de la Dirección General de Oficina Judicial y Fiscal, por la que se aprueba el formulario de solicitud de informe pericial para la valoración del daño por accidentes de tráfico en reclamaciones extrajudiciales (BOJA 201, de 19 de octubre).

CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA E INTERIOR

Acuerdo de 3 de agosto de 2021, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación de la Estrategia Andaluza de Ciberseguridad 2022-2025 (BOJA 151, de 6 de agosto).

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 2021 a noviembre de 2021.

Orden de 5 de agosto de 2021, por la que se modifican la Orden de 14 de junio de 2006, que desarrolla el Decreto 92/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la identificación y los registros de determinados animales de compañía en la Comunidad Autónoma de Andalucía, y la Orden de 28 de mayo de 2008, que desarrolla el Decreto 42/2008, de 12 de febrero, que regula la tenencia de animales potencialmente peligrosos en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 155, de 12 de agosto).

Orden de 6 de septiembre de 2021, por la que se aprueba el nuevo modelo del Libro de Hojas de Sugerencias y Reclamaciones de la Junta de Andalucía (BOJA 174, de 9 de septiembre).

Acuerdo de 28 de septiembre de 2021, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan de Capacitación Digital de Andalucía 2022-2025 (BOJA 190, de 1 de octubre).

Resolución de 7 de octubre de 2021, de la Secretaría General de Interior y Espectáculos Públicos, por la que se publica el formulario normalizado de solicitud en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas de carácter ocasional de ámbito autonómico (BOJA 202, de 20 de octubre).

Resolución de 7 de octubre de 2021, de la Secretaría General de Interior y Espectáculos Públicos, por la que se publican formularios normalizados de solicitud en materia de espectáculos taurinos y festejos taurinos populares (BOJA 202, de 20 de octubre).

Resolución de 7 de octubre de 2021, de la Secretaría General de Interior y Espectáculos Públicos, por la que se publican formularios normalizados en materia de Registro de Empresas de Espectáculos Taurinos de Andalucía (BOJA 202, de 20 de octubre).

Orden de 28 de octubre de 2021, por la que se actualiza y publica el formulario normalizado de solicitud de la tarjeta de Andaluz o Andaluza en el Exterior (BOJA 211, de 3 de noviembre).

Orden de 8 de noviembre de 2021, por la que se actualiza y publica el formulario normalizado de solicitud de reconocimiento de entidades como Comunidades Andaluzas, de cancelación u otras anotaciones registrales en el Registro Oficial de Comunidades Andaluzas, así como del modelo de certificación sobre cumplimiento de requisitos, acuerdo expreso de solicitud y relación de socios y socias (BOJA 217, de 11 de noviembre).

Orden de 9 de noviembre de 2021, por la que se crea el Registro de condecoraciones al personal de la Unidad del Cuerpo Nacional de Policía adscrita a la Co-

munidad Autónoma de Andalucía y las distinciones honoríficas dirigidas a personas, colectivos y entidades públicas o privadas (BOJA 220, de 16 de noviembre).

CONSEJERÍA DE EMPLEO, FORMACIÓN Y TRABAJO AUTÓNOMO

Resolución de 1 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo y Bienestar Laboral, por la que se modifica el anexo de la Resolución de 22 de diciembre de 2020, por la que se publica la relación de fiestas locales de los municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2021 y se complementan las Resoluciones de 9 de abril de 2021 y de 25 de junio de 2021 (BOJA 172, de 7 de septiembre).

Acuerdo de 14 de septiembre de 2021, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la prórroga de la Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud en el Trabajo 2017-2022 al ejercicio 2023 (BOJA 181, de 20 de septiembre).

Orden de 10 de noviembre de 2021, por la que se establecen los procedimientos para la realización y compensación de prácticas profesionales no laborales y de concesión de becas y ayudas a personas participantes en acciones formativas de formación profesional para el empleo (BOJA 221, de 17 de noviembre).

CONSEJERÍA DE HACIENDA Y FINANCIACIÓN EUROPEA

Resolución de 30 de julio de 2021, de la Dirección General de Tributos, Financiación, Relaciones Financieras con las Corporaciones Locales y Juego, por la que se aprueba la actualización de formularios en el ámbito del Juego de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 151, de 6 de agosto).

Orden de 31 de agosto de 2021, por la que se modifica la Orden de la Consejería de Economía, Hacienda y Administración Pública, de 24 de julio de 2018, por la que se regula el procedimiento de anticipo de caja fija y la priorización de pagos menores (BOJA 171, de 6 de septiembre).

Decreto-ley 18/2021, de 7 de septiembre, por el que se regula el aplazamiento y fraccionamiento especial del pago de deudas de entidades locales y se establecen otras normas recaudatorias (BOJA 175, de 10 de septiembre).

Resolución de 8 de octubre de 2021, de la Dirección General de Energía, por la que se aprueba la actualización de formularios del Decreto 94/2018, de 22 de mayo, por el que se regula el procedimiento de concurrencia de solicitudes de autorización administrativa para la construcción de instalaciones de gases combustibles por canalización y se establecen normas de relación con las autorizaciones de modificaciones de instalaciones, de extensiones de redes y de acometidas gasistas en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 208, de 28 de octubre).

Resolución de 27 de octubre de 2021, de la Dirección General de Presupuestos, por la que se modifica el Anexo I de la Orden de la Consejería de Hacienda, Industria y Energía, de 7 de julio de 2020, por la que se establecen los códigos y las definiciones de las clasificaciones económicas de los estados de ingresos y gastos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como los Anexos III y IV de la Orden de la Consejería de Hacienda y Financiación Europea, de 8 de junio de 2021, por la que se dictan normas para la elaboración del Presupuesto de la Junta de Andalucía para el año 2022 (BOJA 212, de 4 de noviembre).

Resolución de 27 de octubre de 2021, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, por la que se establecen las condiciones para el ejercicio del control financiero de gastos, ingresos, órganos, servicios y entidades sometidas al régimen de contabilidad presupuestaria, así como determinados aspectos de su contabilización (BOJA 220, de 16 de noviembre).

Orden de 29 de octubre de 2021, sobre cierre del ejercicio presupuestario de 2021 y apertura del ejercicio presupuestario de 2022 (BOJA 2013, de 5 de noviembre).

CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y DEPORTE

Resolución de 28 de julio de 2021, 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 2021/2022 (BOJA 148, de 3 de agosto).

Orden de 29 de septiembre de 2021, por la que se modifica la Orden de 7 de mayo de 2021, por la que se establecen los niveles de alerta sanitaria y se adoptan medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública en Andalucía para la contención de la COVID-19 finalizado el estado de alarma (BOJA extraordinario 81, de 29 de septiembre).

Resolución de 29 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Promoción del Deporte, Hábitos Saludables y Tejido Deportivo, por la que se dispone la publicación de los estatutos de la Federación Andaluza de Deportes para Discapacitados Intelectuales (BOJA 192, de 5 de octubre).

Resolución de 1 de octubre de 2021, de la Dirección General de Promoción del Deporte, Hábitos Saludables y Tejido Deportivo, por la que se dispone la publicación de los estatutos de la Real Federación Andaluza de Fútbol (BOJA 194, de 7 de octubre).

Decreto 231/2021, de 5 de octubre, por el que se establece el servicio complementario de apoyo y asistencia para alumnado con necesidades educativas especiales

por parte del profesional técnico de integración social y de interpretación de lengua de signos española y se regulan las condiciones para su prestación, autorización y gestión (BOJA 195, de 8 de octubre).

Acuerdo de 10 de noviembre de 2021, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Estratégico de Evaluación Educativa de la Consejería de Educación y Deporte (2021-2027) (BOJA 221, de 17 de noviembre).

Resolución de 17 de noviembre de 2021, de la Dirección General de Promoción del Deporte, Hábitos Saludables y Tejido Deportivo, por la que se dispone la publicación de los estatutos de la Federación Andaluza de Deportes de Invierno (BOJA 229, de 29 de noviembre).

CONSEJERÍA DE AGRICULTURA, GANADERÍA, PESCA Y DESARROLLO SOSTENIBLE

Orden de 6 de octubre de 2021, por la que se aprueba y da publicidad a los formularios para la obtención y la renovación de las licencias de marisqueo a pie prevista en la Orden de 25 de mayo de 2020, por la que se regula la actividad de marisqueo a pie profesional en el litoral de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y que sustituyen a los formularios publicados como Anexo I y II de la Orden de 28 de enero de 2021, por la que se convoca la concesión de licencias profesionales de marisqueo a pie en el litoral de las provincias de Huelva y Cádiz (BOJA 198, de 14 de octubre).

Orden de 6 de octubre de 2021, por la que se establecen los procedimientos y criterios de elección de los miembros del Consejo Andaluz del Agua (BOJA 201, de 19 de octubre).

Decreto 234/2021, de 13 de octubre, por el que se aprueba el Plan Andaluz de Acción por el Clima (BOJA extraordinario 87, de 23 de octubre).

Resolución de 22 de octubre de 2021, de la Dirección General de Pesca y Acuicultura, por la que se aprueba y da publicidad a los formularios de solicitud de aprobación de los Planes e Informes de las Organizaciones de Productores Pesqueros (OPP) y de las Asociaciones de Organizaciones de Productores (AOP) (BOJA 208, de 28 de octubre).

Resolución de 22 de octubre de 2021, de la Dirección General de Pesca y Acuicultura, por la que se aprueba y da publicidad al formulario de solicitud previsto en el Decreto 145/2018, de 17 de julio, por el que se regula la comercialización en origen de los productos pesqueros en Andalucía (BOJA 209, de 29 de octubre).

Orden de 9 de noviembre de 2021, por la que se regula la formación y capacitación para el uso de determinados productos biocidas de higiene veterinaria en el ámbito de la ganadería (BOJA 223, de 19 de noviembre).

CONSEJERÍA DE TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA, INDUSTRIA, CONOCIMIENTO Y UNIVERSIDADES

Resolución de 14 de octubre de 2021, de la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía, por la que se aprueba y publica la actualización de los formularios en el ámbito de las funciones de la Agencia (BOJA 201, de 19 de octubre).

Resolución de 3 de noviembre de 2021, de la Agencia Andaluza del Conocimiento, por la que se establece el procedimiento de evaluación previa al nombramiento del profesorado emérito de las Universidades Andaluzas (BOJA 216, de 10 de noviembre).

CONSEJERÍA DE SALUD Y FAMILIAS

Orden de 4 de agosto de 2021, por la que se modifica la Orden de 14 de julio de 2021, por la que se actualizan las medidas sanitarias y preventivas de salud pública en los centros sociosanitarios, otros centros y servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19) (BOJA extraordinario 69, de 4 de agosto).

Orden de 18 de agosto de 2021, por la que por la que se modifica la Orden de 7 mayo de 2021, por la que se establece los niveles de alerta sanitaria y se adoptan medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública en Andalucía para la contención de la COVID-19 finalizado el estado de alarma, y la Orden de 14 de julio de 2021, por la que se actualiza las medidas sanitarias y preventivas de salud pública en los centros sociosanitarios, otros centros y servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19) (BOJA extraordinario 73, de 18 de agosto).

Orden de 1 de septiembre de 2021, por la que se modifica la Orden de 7 mayo de 2021, por la que se establecen los niveles de alerta sanitaria y se adoptan medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública en Andalucía para la contención de la COVID-19 finalizado el estado de alarma, y la Orden de 14 de julio de 2021, por la que se actualizan las medidas sanitarias y preventivas de salud pública en los centros sociosanitarios, otros centros y servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19) (BOJA extraordinario 76, de 1 de septiembre).

Orden de 15 de septiembre de 2021, por la que se modifica la Orden de 7 mayo de 2021, por la que se establecen los niveles de alerta sanitaria y se adoptan medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública en Andalucía para la contención de la COVID-19 finalizado el estado de alarma (BOJA extraordinario 79, de 15 de septiembre).

Orden de 15 de septiembre de 2021, por la que se desarrolla la composición, funciones y funcionamiento de las Unidades de Gestión de Salud Pública (BOJA 182, de 21 de septiembre).

Resolución de 20 de septiembre de 2021, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se establece el procedimiento y las condiciones para proporcionar los productos dietéticos (tratamientos dietoterápicos y nutrición enteral domiciliaria) a los usuarios del Servicio Andaluz de Salud, en el ámbito del sistema sanitario público de Andalucía (BOJA 196, de 11 de octubre).

Orden de 6 de octubre de 2021, por la que se modifica la Orden de 7 de mayo de 2021, por la que se establecen los niveles de alerta sanitaria y se adoptan medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública en Andalucía para la contención de la COVID-19 finalizado el estado de alarma (BOJA extraordinario 83, de 6 de octubre).

CONSEJERÍA DE IGUALDAD, POLÍTICAS SOCIALES Y CONCILIACIÓN

Decreto 253/2021, de 16 de noviembre, por el que se crea y regula el Consejo Andaluz del Pueblo Gitano (BOJA 223, de 19 de noviembre).

Acuerdo de 23 de noviembre de 2021, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Estrategia Andaluza contra la Trata de Mujeres y Niñas con fines de explotación sexual 2021-2024 (BOJA 229, de 29 de noviembre).

CONSEJERÍA DE FOMENTO, INFRAESTRUCTURAS Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

Orden de 23 de septiembre de 2021, por la que se aprueba el Programa Andalucía Rural Conectada (Programa de servicio público de transporte interurbano regular de personas de uso general con paradas a la demanda) (BOJA 188, de 29 de septiembre).

NOTICIAS DE LA
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA



INFORME¹

EL PLAN ANDALUZ DE ACCIÓN POR EL CLIMA

I. INTRODUCCIÓN

Mediante Decreto 234/2021, de 13 de octubre, publicado en el BOJA extraordinario número 87, de 23 de octubre, la Administración de la Junta de Andalucía ha aprobado el Plan Andaluz de Acción por el Clima (PAAC en lo sucesivo), previsto en la Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía (LMCC en lo sucesivo).

El referido Decreto aprueba el PAAC², que se incluye en el anexo de la disposición, con carácter permanente, que es lo que prescribe el artículo 13.4 de la Ley, si bien dispone que sus previsiones (incluidas las de sus programas) se desarrollen en el periodo comprendido entre los años 2021 y 2030 (artículo 1). El artículo 2.1 se refiere a su revisión en los mismos términos que el artículo 13.4 de la Ley (“cuando se produzca alguna alteración sustancial de las condiciones de entorno, según se determine en el propio Plan y, en todo caso, cada cuatro años”). Por su parte, el artículo 2.2 contempla su publicidad en el sitio web de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible³, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía. La disposición final primera faculta “a la persona titular de la Consejería competente en materia de cambio climático para dictar cuantas disposiciones, medidas, programas y actuaciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución del presente decreto, siempre que no impliquen modificaciones sustanciales del Plan, así como para elevar al Consejo de Gobierno las modificaciones de carácter sustancial del Plan para adaptar su ejecución a las circunstancias que surjan durante su periodo de vigencia”. Por último, la disposición final segunda establece su entrada en vigor a los veinte días de su publicación en el BOJA.

Interesa destacar que, con carácter previo a la aprobación del PAAC, el Decreto 44/2020, de 2 de marzo⁴, creó y reguló la Comisión Interdepartamental de

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 Por acuerdo del Consejo de Gobierno de 9 de enero de 2020 (BOJA número 8, de 14 de enero) se aprobó la formulación del PAAC.

³ Entiendo que la mención debería haberse hecho a la consejería competente en materia de medio ambiente.

⁴ BOJA 44, de 5 de marzo de 2020.

Cambio Climático, a la que la LMCC asigna importantes funciones en relación con el PAAC⁵. Por otra parte, el Decreto 175/2021, de 8 de junio, reguló la composición y el funcionamiento del Consejo Andaluz del Clima⁶, al que corresponden “las funciones de conocer las políticas de lucha frente al cambio climático y el estado de la Comunidad Autónoma en esta materia, así como la de formular recomendaciones en relación con planes, programas y líneas de actuación” (artículo 26.2 LMCC) y que no parece que haya alcanzado a intervenir en el PAAC.

II. EL CONTENIDO DEL PLAN ANDALUZ DE ACCIÓN POR EL CLIMA

El PAAC propiamente dicho se estructura en nueve apartados e incluye diferentes figuras, tablas y un total de once anexos. Reproducimos a continuación el índice de los apartados y de los anexos.

I.- Metodología de elaboración del Plan Andaluz de Acción por el Clima

1.1.- Consideraciones generales para elaboración del Plan Andaluz de Acción por el Clima

2.- Misión, visión y valores

3.- Marco general de referencia

3.1.- Acuerdos internacionales

3.2.- Agenda 2030. Objetivos de desarrollo sostenible

3.3.- Antecedentes de las políticas de cambio climático en Andalucía

3.4.- Marco normativo y planificaciones concurrentes del PAAC. Coherencia externa

4.- Diagnóstico en materias de mitigación de emisiones, energía, adaptación, y comunicación y participación sobre cambio climático en Andalucía

⁵ “a) Impulsar las políticas de mitigación de emisiones, adaptación y comunicación del cambio climático en la Junta de Andalucía. b) Coordinar la actuación de las Consejerías de la Junta de Andalucía en la lucha contra el cambio climático. c) Supervisar que se mantenga el equilibrio económico, ambiental y social entre las acciones de mitigación, adaptación y comunicación. d) Emitir informe de valoración con carácter previo a la aprobación del Plan Andaluz de Acción por el Clima y sus revisiones para el fomento de un nuevo modelo energético. e) Colaborar, a instancias de la Consejería competente, en la redacción del Plan Andaluz de Acción por el Clima. f) Impulsar la transferencia de información, estableciendo canales de comunicación desde los centros productores de conocimiento hasta los responsables de gestión” (artículo 6.3).

⁶ BOJA 111, de 11 de junio de 2021.

- 4.1.- Observación de la evolución de variables climáticas y efectos del cambio climático
- 4.2.- Contexto del diagnóstico sobre el cambio climático en Andalucía
- 4.3.- Diagnóstico en materia de emisiones de gases de efecto invernadero y energía de Andalucía
- 4.4.- Diagnóstico en materia de adaptación al cambio climático en Andalucía
- 4.5.- Diagnóstico de la comunicación y la participación en materia de cambio climático en Andalucía
- 5.- Objetivos en materias de mitigación de emisiones y transición energética, adaptación y comunicación, participación sobre cambio climático en Andalucía
 - 5.1.- Objetivos del PAAC en materia de mitigación de emisiones y transición energética en Andalucía
 - 5.2.- Objetivos del PAAC en materia de adaptación al cambio climático en Andalucía (OAI)
 - 5.3.- Objetivos del PAAC en comunicación y participación en materia de cambio climático en Andalucía (OCPI Y OCP2)
- 6.- Líneas estratégicas en materias de mitigación de emisiones y transición energética, adaptación y comunicación, participación sobre cambio climático en Andalucía
 - 6.1.- Líneas estratégicas para la mitigación de emisiones y la transición energética
 - 6.2.- Líneas estratégicas para la adaptación
 - 6.3.- Líneas estratégicas en materia de comunicación y participación
 - 6.4.- Líneas estratégicas transversales
- 7.- Elementos horizontales y determinaciones específicas
 - 7.1.- Igualdad entre hombres y mujeres
 - 7.2.- Transición justa y colectivos vulnerables
 - 7.3.- Determinaciones para la elaboración de los escenarios climáticos de Andalucía

7.4.- Determinaciones sobre la incidencia de los indicadores presupuestarios en cambio climático

7.5.- Determinación de información relevante en materia de cambio climático a efectos estadísticos

7.6.- Gobernanza institucional

8.- Acciones clave del PAAC

9.- Sistema de seguimiento, evaluación y revisión

9.1.- Seguimiento del plan

9.2.- Evaluación

9.3.- Revisión

Los anexos son los siguientes:

Anexo I.- Relación de instrumentos normativos y planificaciones concurrentes

Anexo II.- Relación de las líneas estratégicas con los ODS

Anexo III.- Resultados procesos de participación pública del PAAC

Anexo IV.- Fichas de evaluación de los impactos definidos en la Ley 8/2018

Anexo V.- Reparto competencial por área estratégica

Anexo VI.- Indicadores de seguimiento

Anexo VII.- Programa de mitigación para la transición energética

Anexo VIII.- Programa de adaptación

Anexo IX.- Programa de comunicación y participación

Anexo X.- Líneas estratégicas transversales

Anexo XI.- Planes municipales contra el cambio climático

A continuación, destacaremos algunos de los elementos más significativos del PAAC, en concreto, su metodología de elaboración, su misión, visión y valores, los objetivos, las líneas estratégicas, los elementos horizontales y las determinaciones específicas, así como las acciones clave. También expondremos los aspectos más relevantes del Programa de Mitigación para la Transición Energética, del Programa de Adaptación y del Programa de Comunicación y Participación. De todos ellos ofreceremos una breve noticia, dada la imposibilidad de efectuar un análisis pormenorizado en estas páginas.

III. METODOLOGÍA DE ELABORACIÓN DEL PLAN ANDALUZ DE ACCIÓN POR EL CLIMA

En el apartado sobre metodología de elaboración del PAAC se exponen unas consideraciones generales que se centran, fundamentalmente, en el procedimiento de elaboración y en el proceso de participación y sistema de gobernanza en la referida elaboración.

Destaca, a nuestro juicio, la interpretación amplia que han merecido las prescripciones de la LMCC sobre la redacción, tramitación y aprobación del PAAC, motivada por “[c]onsideraciones de idoneidad técnica, operativa y en aplicación de una lógica procedimental en la elaboración de la planificación estratégica”, de manera que se ha considerado oportuno “el desacoplamiento de los contenidos y determinaciones estratégicas, de las programáticas y operativas”, de acuerdo con una serie de evidencias⁷. En consecuencia, se han establecido tres niveles de concreción: 1) El primero corresponde al propio PAAC, que “se constituye como un documento de nivel estratégico de la planificación regional andaluza en materia de cambio climático, que a partir de un diagnóstico, define objetivos y líneas estratégicas en los ámbitos de actuación, con un periodo de vigencia desde su aprobación hasta el año 2030”. 2) El segundo corresponde al Programa de Mitigación de Emisiones para la Transición Energética, al Programa de Adaptación, al Programa de Comunicación y Participación y a las denominadas Líneas Estratégicas Transversales. En este nivel se recogen medidas para las distintas áreas estratégicas (los tres programas) y medidas asociadas a las líneas de acción de carácter transversal a los ámbitos de los tres programas (Líneas Estratégicas Transversales), que se justifican por su contribución a la consecución de los correspondientes objetivos estratégicos. 3) El tercer nivel corresponde a los “desarrollos operativos para cada uno de los Programas, mediante el despliegue de las medidas en actuaciones concretas para los periodos 2021-2022, 2023-2026 y 2027-2030”. Al respecto, se prevé que las actuaciones queden definidas “a través de fichas programáticas específicas con información referente a, entre otras, la población destinataria, el órgano responsable y agentes implicados, con identificación de

⁷ “A) El procedimiento lógico en el proceso de planificación, en que el PAAC tendría la función de hoja de ruta del proceso de implementación de políticas y actuaciones, con vocación de permanencia hasta el horizonte 2030, mientras que el desarrollo operativo de sus Programas a través de medidas y actuaciones concretas constituirán documentos más funcionales, con una vigencia máxima de cuatro años. B) La premura en la aprobación del PAAC es importante ya que algunos de sus contenidos son necesarios para otros desarrollos de la propia Ley 8/2018, y además es hito de comienzo del plazo de entrada en vigor de la obligación de elaborar algunos planes, como es la redacción de los Planes Municipales de acuerdo a la Disposición adicional segunda de la Ley 8/2018. C) La concurrencia temporal con otras planificaciones a nivel europeo y nacional, especialmente la aprobación de la Ley Europea del Clima y de la Ley 7/2021, así como el desarrollo del Pacto Verde Europeo y del PNIEC, que afectarán a determinados contenidos del PAAC, como pueden ser los propios objetivos energéticos y de reducción de emisiones, aconsejan desplazar la definición de las actuaciones concretas hasta que se aprueben estos documentos con carácter definitivo”.

indicadores de seguimiento, o presupuesto y origen de fondos”. Se especifica que el desarrollo operativo tenga lugar mediante orden de la consejería competente en materia de cambio climático, lo que encuentra cobertura en la disposición adicional primera del Decreto de aprobación.

IV. MISIÓN, VISIÓN Y VALORES DEL PLAN ANDALUZ DE ACCIÓN POR EL CLIMA

El PAAC es particularmente escueto en lo que concierne a su misión, visión y valores.

Por una parte, explicita que “atiende con precisión a las metadeclaraciones” que se extraen de la LMCC y del Decreto 103/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible. En concreto, señala que la LMCC “contiene la visión (la situación que a largo plazo aspira la Junta de Andalucía a conseguir con y para la sociedad del futuro) y los valores con los que haya de llevarse a cabo la misión”; y que el Decreto citado atribuye a la Secretaría General de Medio Ambiente, Agua y Cambio Climático la competencia de “impulsar la promoción, la coordinación y el desarrollo de las políticas de mitigación y adaptación frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético, así como la adaptación de los ecosistemas naturales a los efectos del cambio global, entendido como las modificaciones ambientales derivadas de la acción humana que afectan a los procesos naturales básicos, entre otras”. Por otra parte, caracteriza el PAAC como “el ejercicio formal de planificación para el mejor desempeño de la misión de la SGMAACC en la asunción de la visión contenida en la Ley 8/2018 específica y con sujeción a los valores establecidos por la misma y en los atributos propios de la Evaluación de Políticas Públicas”.

Con estas premisas, establece como visión “el desarrollo sostenible y neutralidad climática en 2050 en Andalucía mediante responsabilidad compartida de las AAPP, las empresas y la ciudadanía”; como misión, el “diseño y ejecución de actuaciones para hacer frente al problema del cambio climático”; y como valores, la “evaluabilidad, evaluación, participación, cooperación administrativa, colaboración público-privada”.

Concluye señalando que “un principio orientador específico para el PAAC es identificar en su diagnóstico la carencia de indicadores, herramientas y sistemas generales de información, tanto a nivel de consecución de objetivos como a nivel presupuestario u otros, que sean necesarios para establecer el alcance del cambio climático en la gobernanza de Andalucía”.

V. OBJETIVOS DEL PLAN ANDALUZ DE ACCIÓN POR EL CLIMA

El PAAC establece objetivos en materia de mitigación de emisiones y transición energética, en materia de adaptación al cambio climático y en materia de comunicación y participación.

En materia de mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero, el objetivo es reducir las emisiones difusas un 39% en el año 2030 con respecto al año 2005, de manera análoga al Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC), con el compromiso de aumentar hasta un 41% como mínimo, “una vez se traslade a la legislación europea y al PNIEC el acuerdo del Consejo Europeo que incluye un objetivo de reducción de emisiones para el conjunto de la UE del 55% en 2030 con respecto a 1990”; se prevé asimismo su revisión “en el futuro en función de los compromisos o de la normativa de ámbito internacional, de los objetivos de la Unión Europea y del reparto del esfuerzo entre Estados miembros, de la normativa básica estatal, de la reducción de emisiones conseguida, o de los impactos económicos y sociales generados por la adopción de las medidas previstas en el Programa de Mitigación de Emisiones para la Transición Energética”. El plan desagrega el objetivo para cada una de las áreas estratégicas para la mitigación definidas en el artículo 10 de la Ley 8/2018, excepto la de usos de la tierra, cambio de usos de la tierra y silvicultura, dado que ésta no se caracteriza por la emisión de gases de efecto invernadero, sino por la absorción de dióxido de carbono.

En materia energética, se establecen dos objetivos, también análogos a los del PNIEC: 1) Reducir el consumo tendencial de energía primaria en el año 2030, como mínimo el 39,5%, excluyendo los usos no energéticos; 2) Aportar a partir de fuentes de energía renovable al menos el 42% del consumo de energía final bruta en 2030.

En materia de adaptación al cambio climático, se define un objetivo estratégico muy poco preciso (“reducir el riesgo de los impactos del cambio climático, minimizando sus efectos”) que se concreta en una serie de objetivos sectoriales específicos para las que se consideran áreas estratégicas con mayor nivel de riesgo, “con objeto realizar un seguimiento más específico y favorecer la priorización de las actuaciones”. Lo relevante es, así, la selección de áreas de entre las enumeradas en el artículo 11.2 LMCC, que resultan ser las de recursos hídricos; prevención de inundaciones; agricultura, ganadería, acuicultura, pesca y silvicultura; urbanismo y ordenación del territorio; y turismo. Para cada una de ellas, el objetivo sectorial específico es reducir su nivel de riesgo, lo que conllevará “una reducción de cada uno de los impactos considerados en el marco de este Plan como de riesgo alto”.

Finalmente, los objetivos estratégicos en materia de comunicación y participación son: 1) “Apoyar el Programa de Mitigación de Emisiones y Transición Energéti-

ca para conseguir cumplir los objetivos de reducir las emisiones de GEI y en materia energética”; y 2) “Apoyar el Programa de Adaptación para conseguir cumplir con el objetivo de reducir el riesgo de los impactos del cambio climático”. De manera complementaria se establece como objetivo específico el de “[f]avorecer cambios de conducta en la sociedad necesarios para la mitigación del cambio climático, la adaptación a él, la reducción de sus efectos y la alerta temprana”.

VI. LÍNEAS ESTRATÉGICAS DEL PLAN ANDALUZ DE ACCIÓN POR EL CLIMA

El PAAC establece líneas estratégicas en los tres ámbitos de actuación (mitigación de emisiones y transición energética; adaptación; y comunicación y participación) encaminadas a la consecución de los correspondientes objetivos. Además, establece líneas estratégicas de carácter transversal respecto de los ámbitos anteriores, que por consiguiente se orientan a la consecución de los objetivos propios de cada uno de ellos.

Las líneas estratégicas para la mitigación de emisiones y la transición energética se articulan en torno a la descarbonización y el ahorro y la eficiencia energética; a su vez, las líneas concernientes a la descarbonización se agrupan en dos apartados: mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero y penetración de las energías renovables. En la concreta enumeración de cada una de ellas se especifica el área estratégica para la mitigación de emisiones (artículo 10.2 LMCC) con la que en particular se corresponde.

Las líneas estratégicas para la adaptación parten del análisis de las denominadas “dimensiones de la adaptación”, que son: 1) La gestión del conocimiento en materia de adaptación; 2) La integración de la adaptación al cambio climático en el mapa instrumental de la Junta de Andalucía y de las administraciones locales a través de la gobernanza; 3) El desarrollo de proyectos demostrativos con fórmulas de financiación público/privada; 4) Soluciones basadas en la naturaleza; 5) Estilos de vida saludables como herramientas de adaptación; 6) Adaptación y perspectiva social; 7) La consideración territorial. Las líneas se ordenan por áreas de actuación que vienen a coincidir con las áreas estratégicas que enumera el artículo 11.2 LMCC, si bien se añaden dos más, identificadas durante la fase de diagnóstico, que son las de seguros y adaptación de la empresa.

Las líneas estratégicas en materia de comunicación y participación se ordenan en torno a las áreas de comunicación y acceso a la información; sensibilización pública; educación y formación; y participación pública.

Por último, las líneas transversales se clasifican con arreglo a las siguientes materias: A) Fiscalidad ambiental; B) Mejora de trámites administrativos; C) Contratación pública verde; D) Requisitos de sostenibilidad en inversiones; E) Presupuesto con perspectiva climática o presupuesto verde; F) Generación de conocimiento; G) Cooperación; H) Gobernanza institucional. Las medidas de estas líneas transversales se contienen en el anexo X y su desarrollo operativo se realizará en el marco de los desarrollos operativos de los Programas de Mitigación y Transición Energética, de Adaptación y de Comunicación y Participación.

VII. ELEMENTOS HORIZONTALES Y DETERMINACIONES ESPECÍFICAS

En este apartado se desarrollan una serie de contenidos heterogéneos cuya inclusión en el PACC viene impuesta por la LMCC. Se refieren a: 1) La igualdad entre hombres y mujeres, de escaso alcance innovador; 2) La transición justa y colectivos vulnerables, que no son solo colectivos de personas sino, también, sectores económicos; 3) Las determinaciones para la elaboración de los escenarios climáticos de Andalucía, con un acusado protagonismo de los informes del IPCC y la selección, como procesos básicos de estudio de los efectos derivados del cambio climático, de los modelos de circulación general, la regionalización o metodología de downscaling y los modelos de simulación territorial; 4) Las determinaciones sobre la incidencia de los indicadores presupuestarios en cambio climático, que se traducen en el diseño de las etapas que se han de seguir para la elaboración de los informes previstos en los artículos 31 y 32 LMCC (etiquetado del presupuesto de la Junta de Andalucía desde el punto de vista del cambio climático, definición de indicadores y su integración con el PAAC, valoración de los efectos en el cambio climático del presupuesto y seguimiento y, finalmente, elaboración de informes); 5) La determinación de información relevante en materia de cambio climático a efectos estadísticos, que realmente se remite a la consejería competente en materia de cambio climático, precisándose, eso sí, que la consejería “establecerá mediante las correspondientes instrucciones técnicas los requisitos de calidad que se deben seguir en el proceso de obtención, recopilación, tratamiento y almacenamiento de dicha información, así como los formatos que deban emplearse para su comunicación a dicha Consejería y la frecuencia con la que deban realizarse dichas comunicaciones. Asimismo, se definirán los cauces para la puesta a disposición del público de toda aquella información que no esté protegida por acuerdos de confidencialidad”; 6) La gobernanza institucional.

VIII. ACCIONES CLAVE DEL PLAN ANDALUZ DE ACCIÓN POR EL CLIMA

El PAAC selecciona una serie de acciones por su importancia en la contribución a la consecución de los objetivos estratégicos, porque sirven de palanca al desarrollo de otras líneas de actuación, por su carácter estratégico dentro de las políticas de la Junta de Andalucía o por la necesidad de ponerlas en marcha de manera temprana en el periodo hasta 2030. Son las siguientes: 1) Profundizar en la evaluación de los riesgos climáticos en Andalucía; 2) Desarrollar una estrategia integral para el sector del agua; 3) Importancia del desarrollo de la economía circular en Andalucía; 4) Importancia de avanzar en la sostenibilidad de los instrumentos de ordenamiento territorial y urbanístico; 5) Avanzar en la implantación de una financiación sostenible en la Junta de Andalucía; 6) Integración del cambio climático en la planificación regional y local en Andalucía a través de la gobernanza; 7) Desarrollar estrategias o planificaciones relevantes en materia de mitigación y transición energética.

IX. PROGRAMA DE MITIGACIÓN PARA LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA

El artículo 10.3 LMCC contempla un contenido del Programa de Mitigación para la Transición Energética que resulta muy ambicioso y que, a la postre, el PAAC, en su anexo VII, no ha alcanzado a incluir⁸. De ahí que se comience por clarificar que las estrategias y medidas de actuación previstas en la LMCC se adoptarán en un momento posterior, a partir de las determinaciones de carácter genérico del Programa. El documento, por otra parte, centra su atención en concretos aspectos de los relacionados en el artículo 10.3, no en todos. Así, y entre otros, se refiere a la estrategia de mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero y de transición energética de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de la que indica que “la conforman los objetivos estratégicos y las líneas de actuación definidas en el PAAC, junto con la batería de medidas definidas en este Programa”, medidas que efecti-

⁸ Respecto de algunos contenidos que no se encuentran formalmente incluidos en el Programa, se indica que están contenidos en otras partes del PAAC. Así, se afirma que “[l]os contenidos estratégicos que ha de recoger este Programa en cumplimiento del artículo 10.1 de la Ley 8/2018, están en su mayor parte recogidos en el PAAC, en sus apartados de diagnóstico, objetivos estratégicos y de líneas de actuación”. También se hace referencia al análisis económico, social y ambiental incluido en el Plan, que debe ser actualizado permanentemente y, en todo caso, con carácter previo a la hoja de ruta para la mitigación y transición energética que, en desarrollo del PAAC, se ha de elaborar. Por lo que respecta a los resultados esperados de la aplicación de los instrumentos de mitigación de emisiones y transición energética, se remite al objetivo de reducir las emisiones difusas un 39% en el año 2030 con respecto al año 2005 y a los objetivos de reducir el consumo tendencial de energía primaria en el año 2030, como mínimo el 39,5%, excluyendo los usos no energéticos; y de aportar a partir de fuentes de energía renovable al menos el 42% del consumo de energía final bruta en 2030.

vamente se encuentran en este anexo VII y que en el futuro se habrán de concretar en acciones. También se refiere a los presupuestos de carbono plurianuales y a los valores de referencia del Sistema Andaluz de Emisiones Registradas para diferir su concreción. Igualmente, se difieren la planificación energética de la Comunidad Autónoma de Andalucía para al menos las próximas dos décadas, la estrategia de mejora de eficiencia energética, las estrategias de movilidad limpia y sostenible y las líneas de investigación e innovación prioritarias para la mitigación de emisiones y la transición energética. Por lo que respecta a la programación temporal de las medidas de mitigación de emisiones y de transición energética, simplemente se señala que “[e]l ámbito temporal de este Programa de Mitigación de Emisiones para la Transición Energética es el mismo que el del PAAC por lo que su horizonte temporal es el periodo comprendido entre 2021 y 2030 que a su vez se repartirá en tres desarrollos operativos que comprenden los periodos 2021-2022, 2023-2026 y 2027-2030”. En cuanto a la previsión financiera de las referidas medidas, el Programa se limita a precisar el marco financiero y a avanzar estimaciones del presupuesto climático, reconociendo la dificultad de establecer valores a futuro.

X. PROGRAMA DE ADAPTACIÓN

La filosofía del Programa de Mitigación es idéntica a la del Programa de Mitigación para la Transición Energética: reconocimiento de la ambición de la LMCC, necesidad de limitarse a fijar determinaciones genéricas, remisión a futuros desarrollos y llamadas de atención acerca de la inclusión de contenidos propios del Programa en otras partes del PAAC.

Sobresale la enumeración de una serie de medidas de adaptación para cada una de las áreas estratégicas, aunque se omiten los ámbitos territoriales considerados vulnerables y, como ya hemos señalado, se difiere la concreción de las actuaciones a los desarrollos operativos. También destaca la fijación de las siguientes líneas de trabajo de la Red de Observatorios del Cambio Global de Andalucía: 1) “Constitución de relación de agentes de generación de conocimiento del Sistema Andaluz del Conocimiento”; 2) “Creación y gestión de un sistema de información y conocimiento compartido entre los diferentes centros de investigación asociados”; 3) “Establecer interrelación con los centros directivos de la Administración andaluza de cada una de las áreas estratégicas para “contribuir a la mejora del conocimiento en esta materia en las facetas de investigación, desarrollo e innovación (I+D+i)”, así como para la propuesta de estrategias de gestión o para el análisis de los impactos y medidas a desarrollar en materia de adaptación”. Finalmente, en cuanto a la programación temporal de las medidas y su previsión financiera, se sigue el mismo esquema que el Programa de Mitigación para la Transición Energética.

X. PROGRAMA DE COMUNICACIÓN Y PARTICIPACIÓN

El esquema del Programa reitera el de los dos programas anteriores. Se centra en acciones de comunicación para la sensibilización y sobre cambio climático; acciones de educación ambiental, formación y transferencia de conocimiento en materia de mitigación y adaptación al cambio climático; acciones de voluntariado ambiental en materia de cambio climático; potenciación y adecuación de las herramientas y canales de comunicación existentes en materia de acceso a la información ambiental; y el establecimiento de canales de participación representativos, transparentes y equitativos. A partir de las líneas estratégicas establecidas, se enumeran medidas de comunicación y acceso a la información, de sensibilización pública, de educación y formación y de participación pública. Todas ellas habrán de ser objeto de los desarrollos operativos en los tres periodos establecidos (2021-2022, 2023-2026 y 2027-2030).

NOTICIAS DE REVISTAS
AUTONÓMICAS



Noticia de Revistas Autonómicas *

§ Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Régimen Local

DÍAZ ANABITARTE, Aitor - BADA ERTA, Toni (2021): “Democràcia de km 0: règim jurídic i impacte polític-institucional dels consells oberts a Catalunya”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 62, pp. 112-128.

El artículo analiza el régimen jurídico de los consejos abiertos en Cataluña. Un análisis que se propone desde una doble perspectiva: la jurídica y la politológica. De este modo, por un lado, se analiza la normativa y el funcionamiento de este sistema de toma de decisiones colectivas para municipios pequeños o muy pequeños. Y por otro, se realiza un análisis centrado en la implementación y el impacto político de esta peculiar forma de gobierno de algunos municipios pequeños (que incluye la técnica de la entrevista a alcaldes). Es decir, en cómo se ha desarrollado esta posibilidad de elegir un modelo de democracia directa. Así, se exploran realidades distintas (algunas incompatibles y otras complementarias) en torno al debate existente entre la democracia directa y la democracia representativa.

Lo cierto es que el consejo abierto requiere una intensa participación de los electores del municipio en través de la asamblea y, como constatan los autores, en la práctica no ha resultado tarea fácil acostumbrar a los vecinos y vecinas a esta participación, sobre todo en los municipios que no han funcionado tradicionalmente con este régimen. Así, aun cuando la ley catalana establece la creación preceptiva de una comisión de vocales para solucionar la soledad de la alcaldía en ejercicio del cargo, los alcaldes entrevistados manifiestan su preferencia por funcionar con el régimen común, dado que los concejales se implican más en las tareas de dirección que los antiguos colaboradores no legitimados democráticamente. En conjunto, después de la reforma de 2011, los autores constatan que la mayoría de municipios catalanes han abandonado el régimen de consejo abierto.

(2) § Derechos fundamentales y derechos de ciudadanía

ZOCO ZABALA, Cristina: “La garantía de la inviolabilidad del domicilio (Art. 18.2 CE): jurisprudencia (TC, TEDH y TJUE) y legislación”, *R.V.A.P.*, núm. 121. Septiembre-Diciembre 2021. Págs. 221-249.

Para la autora, en la medida en que el art. 18.2 CE garantiza la intangibilidad del domicilio, esta queda protegida al margen de cuál sea la presumible o efectiva

* Sección a cargo de Severiano FERNÁNDEZ RAMOS. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Cádiz

finalidad del espacio físico y se mantiene más allá de lo que aquel espacio contenga o de lo que en él suceda o de sus titulares (personas físicas o jurídicas). El Tribunal Constitucional, sin embargo, tiende a identificar el domicilio protegido con su destino: desarrollo de vida <<intima>> (art. 18.1 CE) o privada (art. 8.1 CEDH). También respeta la titularidad del espacio perteneciente a personas jurídicas si se presume o verifica vida privada social de carácter confidencial. Para la autora, esta discordancia entre la garantía formal de inviolabilidad del espacio (art. 18.2 CE) y la condición de su finalidad (Tribunal Constitucional) obedece a una jurisprudencia del TEDH que ha asegurado el domicilio como soporte del presumible o efectivo desarrollo de vida privada íntima o de vida privada social de carácter confidencial desde una visión literal del Convenio de Roma que dista mucho de nuestro art. 18.2 CE.

Al mismo tiempo, si bien la inviolabilidad del domicilio posee, tradicionalmente, una textura claramente reaccional, sin embargo, el TEDH, con apoyo en el art. 8.1 del CEDH, ha terminado por incluir contenidos como el de un medioambiente sano o una habitación efectiva. Así, las demandas motivadas por perjuicios medioambientales han derivado en una jurisprudencia constitucional que introduce una dimensión positiva no contenida en el enunciado del art. 18.2 CE consistente en la obligación de los poderes públicos de garantizar la vida privada en el domicilio que es conforme con el libre desarrollo de la personalidad de sus habitantes. Todo ello está forzando, sin duda, elementos del derecho fundamental acogido en nuestra Constitución.

VIGURI CORDERO, Jorge Agustín. (2021): “La adopción de instrumentos de certificación como garantía eficiente en la protección de los datos personales”. *Revista Catalana de Dret Públic*, 62, 160-176.

Este trabajo estudia la regulación de los mecanismos de certificación en el Reglamento General de Protección de Datos, como herramientas proactivas esenciales para el cumplimiento de la legislación de protección de datos. Y dado el carácter de cláusula abierta de la certificación en el RGPD que propiciado que las agencias nacionales de protección de datos hayan concretado su alcance, el estudio se detiene en los casos de España, Francia y el Reino Unido. De igual modo, el mercado de la certificación cuenta con múltiples iniciativas tanto a nivel europeo (EuroPriSe) como internacional. Este es el caso de las normas ISO/IEC de la serie 27000, y, más concretamente, de las normas ISO/IEC 27001 (seguridad de la información) y 27701 (gestión de la información de privacidad) y sus correspondientes actualizaciones, que han integrado las disposiciones del RGPD en sus criterios. Sin embargo, como señala el autor, la certificación de ambas normas no garantiza per se el efectivo cumplimiento del RGPD, sino una presunción relevante susceptible de comercialización por parte de distintas certificadoras. Por lo que se refiere al estándar 27001, el autor destaca

que aunque protege la información desde un enfoque centrado en la seguridad, no es menos cierto que carece de referencias expresas al núcleo duro del derecho a la protección de datos, como son los derechos de los interesados.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Antonio Evaristo: “El derecho al recuerdo. Examen comparado de la normativa de preservación de datos en los Estados Unidos y en la Unión Europea”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 55, septiembre 2021, pp. 35-76.

Como señala el autor, la regulación en materia de protección de datos se ha centrado en los últimos años en torno al derecho al olvido, esto es el derecho a la supresión de datos cedidos a tercero una vez que estos han cumplido la finalidad para los que fueron entregados. La tendencia del legislador europeo contraria a la preservación de datos es consecuencia del reconocimiento del derecho del individuo a la construcción de su propia narrativa, al margen de la realidad de los hechos y de la apariencia que hayamos podido transmitir. Se propugna, así, un carácter superior y absoluto del derecho de protección de datos con independencia de las consecuencias que se deriven de su ejercicio. Sin embargo, el autor señala que la evolución del derecho norteamericano, de carácter marcadamente jurisprudencial, es notablemente distinta, en la medida que la afirmación del principio de autodeterminación informativa se construye no sobre un derecho absoluto, sino sobre toda una relación jurídica sometida a derechos y deberes. Así, a diferencia del derecho europeo, y amparado en la doctrina de la expectativa razonable de privacidad (*third party doctrine*), ha negado el carácter absoluto del derecho al olvido que parece declararse en el Reglamento General de Protección de Datos.

Sin desconocer el avance que ha supuesto el reconocimiento del derecho al olvido, el autor defiende que en el tiempo presente la necesidad más acuciante para el ser humano no es tanto el derecho al olvido como el derecho a la memoria. “La destrucción sistemática de datos sin solicitar el permiso de sus titulares y de las personas afectadas es un drama en nuestra sociedad y un verdadero atentado para la dignidad de las personas y su legítimo derecho de acceso a la información. Todo esto hace exigible la configuración del derecho al recuerdo sobre la base de la responsabilidad implícita que supone para el titular de los datos el derecho a la construcción de su propia narrativa, de una parte, y de otra el derecho de los interesados, y me refiero no solo a los titulares de los datos, para acceder a aquellos contenidos”.

(3) § Fuentes, potestad reglamentaria, organización administrativa

(4) § Acto, procedimiento administrativo, expropiación, responsabilidad y control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas

FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge: “La obligación de utilización de medios electrónicos en los procesos selectivos: ciudadanos o súbditos”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Núm. 20 /2021. Págs. 88-111.

A partir de la obligación de utilización de medios electrónicos a los ciudadanos/as en los procedimientos selectivos introducida por diversas disposiciones legales, el autor de este trabajo, persona de gran autoridad tanto en materia de administración electrónica como en materia de selección de empleados públicos, se cuestiona sobre si existe un derecho de los ciudadanos a elegir el medio para comunicarse con la administración, para lo cual analiza en primer lugar el régimen legal de la obligación de utilizar medios electrónicos por los ciudadanos en la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Para ello el autor defiende que el establecimiento de una obligación de utilizar exclusivamente medios electrónicos tiene un carácter excepcional, de lo cual derivan importantes consecuencias: la norma que autorice la imposición de esta obligación no puede ser general e indiscriminada, sino que es necesario delimitar el ámbito material sobre el que es posible excepcionar el régimen general de uso de medios electrónicos, los requisitos facticos para imponer el uso obligatorio de medios electrónicos en los procedimientos, registro de documentos y notificaciones; así como pone el acento en el necesario examen ponderado en la aplicación del principio de proporcionalidad y su traslado a los requisitos legalmente exigibles para imponer el uso obligatorio de medios electrónicos.

Posteriormente, el autor procede al estudio sobre la implementación concreta de las exigencias anteriores en los procedimientos selectivos y a algunos ámbitos en los que su conexión no es directa (actuaciones ad intra, como el régimen jurídico de funcionamiento de los órganos selectivos y las pruebas o ejercicios a desarrollar), finalizando con la referencia a algunas malas prácticas administrativas. En síntesis, para el autor el juicio de la proporcionalidad y los principios constitucionales del artículo 103.3 CE impiden establecer una obligación generalizada en los procedimientos selectivos. Además, se señala que el ámbito de aplicación de esta obligación alcanza solamente a las <<actuaciones procedimentales>>, de forma que el desarrollo de las pruebas o ejercicios y el uso de medios electrónicos en su implementación deben examinarse desde otro marco normativo.

AGOUÉS MENDIZABAL, Carmen: “El alcance del control judicial de la inadmisión de la acción de nulidad; a propósito de la Sentencia del TS de 1 de diciembre de 2020”, *R.V.A.P.*, núm. 121. Septiembre-Diciembre 2021. Págs. 253-291

Este comentario se centra en el trámite de admisión de la acción de nulidad y en el alcance de los límites de la revisión de los actos administrativos previsto en el art. 110 LPAC, todo ello a partir de la sentencia de 1 de diciembre de 2020 del Tribunal Supremo, que aborda estos aspectos con el factor añadido de que los actos administrativos cuya revisión se insta son contrarios al Derecho de la Unión Europea (concepto «condiciones de trabajo» de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, incorporado a la Directiva 1999/70 y de la jurisprudencia europea). La autora destaca del análisis de la sentencia que, salvo que concorra alguna de las causas previstas en el art. 106.3 LPAC (cuando la solicitud no se base en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1 o carezca manifiestamente de fundamento, o si se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales), la Administración tiene la obligación de tramitar la solicitud de revisión del acto administrativo, en cuyo seno se determinará si procede o no dicha declaración o procede excluirla por aplicación del art. 110 LPAC.

Asimismo, se destaca que, si bien con carácter general, ante un recurso judicial planteado frente a una resolución administrativa que inadmite una acción de nulidad, el TS se ha limitado a acordar que se retrotraigan las actuaciones y se reinicie el procedimiento administrativo, sin entrar a conocer del fondo del asunto, en la sentencia examinada, el Tribunal da un paso adelante y no se limita a la retroacción de actuaciones a la fase de admisión de la solicitud de revisión, sino que entra directamente a resolver sobre la procedencia de la revisión de oficio, al considerar desproporcionado someter a los interesados a un nuevo procedimiento para restablecer los derechos que les confiere de forma directa y suficientemente clara una disposición de Derecho de la Unión Europea. El Tribunal añade un argumento de peso al manifestar que la Administración ha tenido la oportunidad de tramitar el correspondiente procedimiento de revisión de oficio y el que no lo haya hecho no justifica que la parte recurrente deba soportar un nuevo procedimiento que se revela absolutamente inútil, pues la posición contraria que sostiene la Administración ya está perfectamente establecida, hasta el punto de que no consideró ni tan siquiera necesario tramitar el procedimiento de revisión de oficio.

VILLAGE FERNANDEZ, Carlos: “Los principios generales del procedimiento administrativo electrónico”, *Revista Jurídica de Asturias*, Núm. 44 (2021), pp. 93-122.

A partir de los principios generales del derecho y específicamente del procedimiento administrativo, El trabajo trata de inferir de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, los principios generales del procedimiento administrativo electrónico, con el fin de

solucionar las lagunas o dudas en la aplicación de las normas en este nuevo entorno, es necesario destacar y caracterizar los principios generales que le son propios, y que pueden servir para la interpretación y aplicación de las normas que rigen para una Administración electrónica.

(5) § Empleo público, bienes y contratación pública

BOIX PALOP, Andrés - SORIANO ARNANZ, Alba: “Sobre las posibilidades de reforma del modelo de empleo público español: límites constitucionales y jurídicos al modelo actual y sus sistemas de acceso”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Núm. 20 /2021. Págs. 52-73.

En la línea del reciente interés por la selección de los empleados públicos, en este trabajo se expone la conveniencia de revisar algunas de las pautas tradicionales con las que se ha declinado en nuestro país el régimen jurídico del empleo público y, en particular, de los modos de acceso. A la luz de algunos de los problemas de tipo práctico que la experiencia acumulada muestra que presenta el actual sistema español, se proponen diversas soluciones concretas inspiradas en la experiencia comparada, y que, según los autores, serían perfectamente compatibles con los principios constitucionales en la materia y ayudarían a mejorar el modelo de empleo público en general y, específicamente, los sistemas de acceso a este en condiciones de igualdad: limitar la reserva a personal funcionario a puestos de trabajo donde haya una justificación objetiva para ellos, modificar las pruebas para dar más importancia a la demostración de capacidades, sistemas de tipo MIR que eliminen las barreras socioeconómicas de muchas oposiciones tradicionales e incluso la experimentación con programas de búsqueda de futuros y futuras trabajadoras entre grupos con problemas de inclusión y procedentes de entornos más diversos o a partir de programas de prácticas. También se proponen algunas medidas de discriminación positiva, como la incorporación de un coeficiente corrector que aumentase la puntuación de mujeres que asuman tareas de cuidado de descendientes u otra clase de dependientes.

CÀMARA MAS, Roger: “La carrera administrativa horizontal. Especial referencia a la administración local”, *R.V.A.P.*, núm. 121. Septiembre-Diciembre 2021. Págs. 295-336.

Como es sabido, la carrera horizontal, conjuntamente con la evaluación del desempeño, constituyen dos factores esenciales para la modernización de nuestras administraciones públicas. El autor pone de manifiesto que la falta de desarrollo normativo del TREBEP es un serio obstáculo para que las Administraciones Locales puedan establecer sus propios sistemas de carrera administrativa horizontal. La reforma del empleo público local, una cuestión compleja y espinosa, sigue siendo una materia que no está marcada como prioritaria en las agendas de nuestros dirigentes

políticos, que tienen la mirada puesta en otros asuntos mucho más fáciles de abordar, y con unas consecuencias más inmediatas en el tiempo. Con todo, el autor defiende que la aplicación de la carrera administrativa horizontal debe ser una prioridad en el ámbito local, donde la promoción profesional basada en el cambio de puesto de trabajo no siempre ha sido posible, y cuando lo ha sido, su motivación no ha obedecido exclusivamente a necesidades organizativas, sino a satisfacer las aspiraciones de ascenso profesional de los empleados. Además, permite también incorporar la evaluación del desempeño como mecanismo esencial en el funcionamiento de los sistemas de carrera horizontal, otro elemento imprescindible para la modernización de las administraciones públicas locales.

Desde este convencimiento, el autor aborda el marco normativo, el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, las características principales y los requisitos que se exigen en orden al progreso profesional de los empleados públicos en los sucesivos niveles, escalafones o grados establecidos. Pero también se detiene el autor en los riesgos de la aplicación de esta nueva modalidad de carrera profesional. En concreto, la posible tendencia a generalizar evaluaciones positivas. Esta tendencia puede ser especialmente intensa en nuestras administraciones locales, donde el agente evaluador será normalmente el superior jerárquico, siendo la relación entre evaluador/evaluado todavía más intensa. Por este motivo, existe el riesgo que se facilite el progreso en los escalafones o niveles de cada puesto de trabajo mediante la ausencia de evaluaciones negativas, a modo de «café para todos». Sin evaluaciones negativas, no hay problemas ni conflictos, convirtiéndose la progresión del empleado en los distintos niveles de carrera horizontal en un mero trámite formal. Como certeramente señala, “Precisamente, la carrera horizontal y la evaluación del desempeño, tienen como finalidad discriminar al empleado que trabaja bien del que no lo hace, premiando al primero. Si el premio es para los dos, además de la profunda injusticia que supone esta equiparación de situaciones desiguales, la desmotivación está servida”.

MORATE MARTÍN, Lourdes: “El empleado público 2021. Crisis del empleo temporal: interinos vs. Indefinidos no fijos”, *Revista Jurídica de Asturias*, Núm. 44 (2021), pp. 73-92.

El trabajo aborda la problemática generada por la temporalidad en la Administración y más concretamente por la situación de miles trabajadores interinos que, en los últimos tiempos, han planteado sus reclamaciones en los Tribunales, en los medios de comunicación, e incluso en las calles. Se analiza su situación actual, las perspectivas de futuro a la luz de la reforma normativa recientemente acometida por el Real Decreto 14/2021, y la comparación de su situación con la de otro colectivo de trabajadores públicos temporales, no menos importante, como son los trabajadores

indefinidos no fijos, destacando los derechos actualmente reconocidos a ambos colectivos, con especial referencia al teletrabajo.

Si bien la equiparación de derechos entre trabajadores temporales y permanentes de la Administración es prácticamente completa, ello sin embargo no se corresponde con la diferente respuesta que da el ordenamiento jurídico en caso de fraude o abuso en la contratación para los trabajadores interinos con respecto a los restantes trabajadores temporales. Para la autora es necesario alcanzar una solución a la temporalidad de las Administraciones Públicas, que pasa por el difícil equilibrio entre la protección derechos de los trabajadores temporales ante el abuso administrativo, y la salvaguarda de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Independientemente de las previsiones del nuevo R.D. 14/2021, queda por comprobar qué va a ocurrir con los procesos de estabilización de empleo temporal: si se van a convocar o no en todas las Administraciones o, al no establecerse como una obligación preceptiva, van a quedar al albur de cada una de ellas (con la inseguridad jurídica que, nuevamente esto acarreará al colectivo de trabajadores temporales públicos), y, por otro lado, si ello va a contribuir realmente a poner fin a la temporalidad de la Administración y al difícil equilibrio entre un eventual derecho a la consolidación (no garantizada) con el respeto a los principios de los principios constitucionales en el acceso al empleo público.

(6) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).

(7) § 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.).

DARNACULLETA GARDELLA, M. Mercè. (2021). “Les noves modalitats de gestió de serveis a les persones a la legislació autonòmica de serveis socials: especial referència a l’acció concertada”. *Revista Catalana de Dret Públic*, 62. 37-52.

Como es sabido, de acuerdo con el marco normativo europeo y estatal de contratación pública, la prestación de servicios sociales (servicios dirigidos a las personas) se puede articular a través de formas de gestión directa, formas de gestión indirecta basadas en la contratación pública y otras formas organizativas basadas en instrumentos no contractuales. Por su parte, la legislación autonómica de servicios sociales, bajo denominaciones parcialmente coincidentes (concierto, concierto social o acuerdo de acción concertada) ha introducido nuevas modalidades de gestión de servicios

a las personas que se califican, en algunos supuestos, como modalidades contractuales y en otras como modalidades no contractuales. La autora pone de relieve en este interesantísimo trabajo, por un lado, que en la mayoría de los casos existe una falta de correspondencia entre la calificación jurídica de los instrumentos regulados y el régimen jurídico que se correspondería con la mencionada calificación y, por otra parte, que esta indefinición, junto con la utilización de una terminología homogénea para identificar instrumentos de naturaleza jurídica diversa, no se ajusta al principio de seguridad jurídica.

Como señala la autora, ciertamente el ejercicio de la potestad legislativa autonómica puede dar lugar al establecimiento de modelos muy diversos de gestión de los servicios sociales de competencia autonómica. Ahora bien, la opción autonómica para calificar mayoritariamente como instrumentos no contractuales –o como instrumentos de dudosa naturaleza jurídica– los conciertos sociales y los acuerdos de acción concertada de concertación social parece estar más influenciada por aspectos competenciales y procedimentales que por aspectos sustantivos, si bien es clara la preferencia por limitar la concertación a entidades sin ánimo de lucro. Pero como también apunta la autora, las comunidades autónomas pueden desarrollar la legislación contractual básica, pero no pueden exceptuarla, como tampoco pueden subvertir el régimen de libre competencia previsto en el ámbito europeo para los servicios de interés económico general.

ORDÓÑEZ PASCUA, Natalia: “Políticas públicas de servicios sociales: configuración de la ayuda a domicilio en el marco autonómico y nacional”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Núm. 20 /2021. Págs. 30-51.

La autora pone de manifiesto que en una sociedad marcada por el envejecimiento poblacional y el incremento de la esperanza de vida es precisa la mayor intervención de los poderes públicos mediante una adecuada oferta de servicios sociales de proximidad que presten apoyo a los colectivos más vulnerables. En este contexto, el servicio de ayuda a domicilio se erige como uno de los servicios sociales más demandados debido a su atractivo intrínseco (servicio público, de carácter domiciliario, preventivo, técnico y rehabilitador, y cercano al ciudadano), de modo que se trata de un servicio que permite a las personas en riesgo de vulnerabilidad continuar viviendo en su domicilio y entorno familiar con calidad de vida y en condiciones de seguridad. Sin embargo, en la prestación de este servicio existen importantes diferencias de intensidad y servicios en función de que su vía de acceso sea la Ley de Dependencia, o al margen de la misma, como competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, en cuyo caso queda en última instancia a merced de las Entidades Locales. Como señala la autora el nivel de implantación de este servicio es escaso, a pesar de los evidentes beneficios que aporta a los usuarios y sus familias. Y si bien es cierto

que la aplicación de la Ley de Dependencia ha impulsado la prestación del SAD, la autora afirma que aún queda mucho camino por recorrer en un servicio costoso que cada vez cuenta con más limitaciones presupuestarias del sector público, y en el cual el cliente privado tendrá un mayor protagonismo futuro.

BRUFAO CURIEL, Pedro: “Las entidades colaboradoras de la Administración: problemas jurídicos de su intervención en la gestión pública de la biodiversidad y la pesca fluvial en Asturias”, *Revista Jurídica de Asturias*, Núm. 43 (2020), pp.

El prof. Brufao, reconocido ambientalista, aborda en este trabajo el ejercicio de determinadas funciones públicas relativas a la gestión de la biodiversidad y de algunas de sus especialidades, como la pesca en aguas continentales, por parte de entidades privadas, con especial atención a la legislación asturiana (no podemos dejar de recordar su trabajo “Régimen jurídico de la pesca fluvial en Andalucía. ¿Regreso a los derechos señoriales de pesca?”, publicado en esta Revista Andaluza de Administración Pública, nº 65, 2007). La principal conclusión que formula el autor es la absoluta falta del título habilitante para que el Principado de Asturias haya cedido su irrenunciable competencia sobre la gestión de la biodiversidad relacionada con la pesca fluvial. La cuestión se predica tanto desde el punto de vista general del ejercicio de sus competencias como desde el punto de vista concreto del empleo de meras resoluciones sin amparo legal alguno para poder entregar a particulares esas funciones, sin que tampoco puedan calificarse como “colaboradores” en estricto sentido jurídico.

(8) § Varia.

DELGADO GARRIDO, Carmen: “El debate sobre la voluntariedad o la obligatoriedad de la vacunación en tiempos de pandemia”, *R.V.A.P.*, núm. 121. Septiembre-Diciembre 2021. Págs. 17-59.

La autora se ocupa de un tema de máxima actualidad como es el debate de la obligatoriedad o voluntariedad de la vacunación debido a la crisis sanitaria del Covid-19. En este extenso estudio, la autora parte de la voluntariedad como regla y la obligatoriedad excepcional en caso de afección a la salud pública. En el caso específico de la vacunación contra la Covid-19, se estudian las razones que apuntalan a favor de la voluntariedad en la Estrategia de Vacunación frente a Covid-19 y sus sucesivas actualizaciones, como son la amplia aceptación social de la vacunación y la incierta evidencia científica actual. No obstante, la autora trae a colación también los supuestos de vacunación forzosa en la jurisprudencia, como son los casos de menores y adultos discapacitados, a partir del criterio del interés superior del menor en casos de desencuentros parentales.

También plantea la autora los supuestos de vacunación condicionante, en el sentido de si es conforme a Derecho condicionar el derecho a las prestaciones públicas a la exigencia de vacunación, como en particular, la admisión en centros educativos. También se estudia la función de los pasaportes o certificados de inmunidad, así como si existe obligación de vacunación para los empleados públicos y para los sanitarios. Además, el trabajo da cuenta de la STEDH de 8 de abril de 2021 en el caso *Vavricka y otros vs la Republica Chec*, que avala la legitimidad de la vacunación infantil obligatoria, atendiendo al interés superior del menor y a la solidaridad social. El trabajo se cierra propuesta de *lege ferenda* de una ley general sobre emergencias de salud pública, que subsane los actuales déficits regulatorios, con rango de orgánica para los supuestos en que una vacunación forzosa (que no obligatoria) podría estar justificada.

RECENSIONES

AVILA RODRÍGUEZ, C.M., *Las minas y los yacimientos de hidrocarburos. Los títulos demaniales de aprovechamiento y su tutela ambiental*. Instituto García Oviedo, 2021, 362 págs.

En su monografía *Las minas y los yacimientos de hidrocarburos. Los títulos demaniales de aprovechamiento y su tutela ambiental*, publicada en la colección *Derecho* del Instituto García Oviedo, la profesora Carmen María Ávila Rodríguez nos ofrece un brillante y exhaustivo análisis jurídico de dos sectores estrechamente vinculados, recursos mineros e hidrocarburos, que, pese a su extraordinaria relevancia en el contexto actual, tanto pública como económica, se encuentran, como bien apunta la autora, necesitados en nuestro país de investigación y transformación.

A lo largo de sus nueve capítulos (ocho rubricados como tales, más unas oportunas y precisas consideraciones finales), la obra aborda el estudio de la exploración, investigación y explotación de los recursos mineros y de los hidrocarburos en cuanto bienes de dominio público, prestando especial atención a los títulos administrativos habilitantes para su uso, así como a los instrumentos ambientales que se incorporan a los mismos como condición para su otorgamiento.

El trabajo se abre con un capítulo introductorio que nos acerca a la realidad práctica y jurídica de los sectores objeto de análisis. Con apoyo en los últimos datos publicados por el Instituto Geológico y Minero de España, se nos da a conocer la actual situación de los aprovechamientos de recursos mineros y de hidrocarburos en nuestro país, poniendo de relieve el incremento del valor económico que en los últimos años ha experimentado la extracción de rocas ornamentales y la minería metálica, frente a la clara tendencia a la baja de los recursos de hidrocarburos, muy escasos en nuestro territorio, y las minas de carbón, tendencia que, con toda probabilidad se acentuará en el futuro, en el marco de la transición energética que pretende reemplazar los combustibles fósiles por energías limpias. Igualmente, se subraya la importancia que en esa transición energética cobra la extracción de recursos minerales como el coltán, el cobalto, el litio, el wolframio, etc., y la necesidad de que ésta se realice con todas las garantías ambientales tanto durante el proceso de explotación como una vez abandonada la actividad.

Junto a los datos económicos, este primer capítulo nos muestra las similitudes y diferencias que presentan el régimen jurídico de los subsectores analizados. Ambos comparten su encuadre en la tradicional institución del dominio público. Sin embargo, mientras la Ley de Minas, que, pese a sus ulteriores reformas, data aun de 1973, se centra en las clásicas técnicas de intervención administrativa sobre el dominio público y no se ocupa de la actividad posterior de destino de los recursos mineros extraídos -regulada por normativa sectorial-, la vigente Ley del Sector de Hidrocar-

buros de 1998, afectada también por múltiples reformas, da un tratamiento integrado a una industria verticalmente articulada, contemplando desde la producción de hidrocarburos en yacimientos subterráneos hasta su ulterior destino sea en el sector industrial, del transporte, etc. Asimismo, ya en este momento inicial se apuntan las diferencias existentes entre el sector minero y el de los hidrocarburos en lo relativo a la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, cuestión que es tratada con detalle más adelante.

Este capítulo introductorio incluye, además, un sucinto repaso a la estructura y contenidos de la obra, de gran utilidad para el lector, dada la densidad de la misma.

La evolución de nuestro Derecho minero y de hidrocarburos queda perfectamente sintetizada en el capítulo segundo. En lo que a las minas se refiere, esa evolución recorre el primitivo sistema regaliano del Antiguo Régimen, para continuar con el sistema liberal decimonónico, hasta llegar al intervencionismo posterior a la II Guerra Mundial. En cuanto a los hidrocarburos, el punto de partida se sitúa en el Real Decreto-ley de 28 de junio de 1927, que creó el Monopolio de Petróleos, mediante el cual se reservaron al Estado la totalidad de las actividades relacionadas con el sector, destacando los ulteriores hitos que condujeron a la liberalización del mismo, con mención expresa a la Ley de Hidrocarburos de 1958, que vino a separar el régimen legal de los hidrocarburos y de las minas, cuya investigación y explotación se regulaba hasta entonces de forma conjunta en la Ley de Minas de 1944. Esta última Ley fue sustituida por la todavía vigente Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, y un año después se aprobaría la Ley 1/1974, de 27 de junio, sobre Investigación y Explotación de Hidrocarburos, ésta sí, derogada en la actualidad.

El tercer capítulo de la monografía versa sobre las referencias constitucionales y la distribución de competencias en materia de minas e hidrocarburos, tema ineludible en un Estado descentralizado como el nuestro. Aunque el estudio se enfoca especialmente en el análisis de los títulos competenciales en favor del Estado, con base en el artículo 149.1.25 de la CE, da cuenta también de las importantes competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, que se ejemplifican en las recogidas en el Estatuto de Autonomía de Andalucía.

El diseño de la organización administrativa con competencias en minería e hidrocarburos, acorde a la referida distribución competencial, es el objeto del capítulo cuarto, donde se exponen por separado la organización de la Administración del Estado, tanto general como especializada, y la de las Administraciones autonómicas, ejemplificada de nuevo en la Comunidad Autónoma de Andalucía. En el ámbito estatal se detalla la estructura y competencias del reciente Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, y se estudian los dos principales organismos especializados en los sectores objeto de estudio: el Instituto Geológico y Minero

de España, del Instituto para la Transición Justa O.A. y la Autoridad Competente para la Seguridad de las Operaciones Marinas en materia de hidrocarburos. En la Administración de la Junta de Andalucía, el trabajo se centra en la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades, que ejerce las principales competencias autonómicas en esta materia.

En el extenso capítulo quinto la autora analiza, con el rigor y la profundidad que la caracterizan, el régimen jurídico de la exploración, investigación y explotación de los recursos mineros.

Comienza el capítulo con la clasificación de estos recursos y la exposición de las reglas comunes predicables de todas las secciones, para adentrarse después en la regulación específica de los aprovechamientos de los recursos de las diferentes secciones, con un tratamiento exhaustivo de las diversas cuestiones suscitadas por cada uno de ellos. Así, en relación al aprovechamientos de los recursos de la sección a), se aborda, con carácter previo, el debate sobre la naturaleza jurídica de las rocas y sus consecuencias frente a las expropiaciones, desarrollando luego el régimen del aprovechamiento de las rocas (el derecho preferente de aprovechamiento del titular del suelo, el procedimiento de autorización administrativa y sus efectos y los derechos y obligaciones del titular de la autorización). En cuanto a los aprovechamientos de los recursos de la sección B se diferencia el régimen aplicable de las aguas minerales y aguas termales; el régimen general de las estructuras subterráneas; el de las estructuras subterráneas dedicadas al almacenamiento geológico de dióxido de carbono y el régimen aplicable a los yacimientos de origen no natural. Finalmente, respecto de los aprovechamientos de la sección C) y D), es decir, de los minerales propiamente dichos, se realiza, primero, una muy acertada y necesaria delimitación de una serie de conceptos técnico-jurídicos (terrenos francos, terrenos registrables, cuadrícula minera y demás), para continuar con el examen del permiso de exploración, del permiso de investigación y de las concesiones de explotación, títulos administrativos habilitantes que son analizados tanto en sus aspectos sustantivos (naturaleza jurídica y derechos y deberes derivados de los mismos) como procedimentales.

Una vez expuesto el régimen de los aprovechamientos de los recursos de las diferentes secciones, se estudian, sucesivamente: en primer lugar, la constitución, voluntaria u obligatoria, de cotos mineros como medida para un mejor aprovechamiento de estos recursos; en segundo, los establecimientos de beneficios de los recursos mineros, diferenciando entre los destinados a la preparación, concentración o beneficio y a la autorización que previamente debe solicitarse; y, por último, las zonas de reserva a favor del Estado, respecto a las que se precisan su naturaleza jurídica, clasificación (reservas especiales, reservas provisionales y reservas definitivas), proce-

dimiento de su declaración y operaciones de exploración, investigación y explotación que pueden llevarse a cabo en las áreas declaradas reservas del Estado.

El capítulo quinto se cierra con el régimen sancionador aplicable a la exploración, investigación y explotación de los recursos mineros, contenido en la Ley de Minas de 1973 y su reglamento de desarrollo.

Al régimen jurídico de los aprovechamientos de los hidrocarburos se dedica el sexto capítulo del libro, en el que podemos encontrar un análisis pormenorizado de los correspondientes títulos administrativos habilitantes: autorización de exploración, permiso de investigación y concesión de explotación, contemplando, nuevamente, tanto sus aspectos sustantivos como procedimentales. Además, del régimen sancionador aplicable a la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos previsto en la Ley del Sector de Hidrocarburos de 1998, este capítulo se ocupa de la controvertida técnica de la fracturación hidráulica, dando noticia del enfrentamiento que su admisión o prohibición ha generado entre el Estado y diversas Comunidades Autónomas y de cómo las competencias estatales sobre la materia se han visto avaladas por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

Completísima resulta la exposición que nos ofrece el capítulo séptimo de los diversos instrumentos de control ambiental a los que nuestro ordenamiento jurídico condiciona el otorgamiento de los distintos títulos habilitantes del aprovechamiento del dominio público minero y de hidrocarburos, integrándolos como parte del contenido de los mismos.

En concreto, con la claridad expositiva que luce en toda la obra, se examinan, por este orden: primero, el plan de restauración del espacio natural afectado por actividades mineras, concretado inicialmente en el Real Decreto 2994/1982, de 15 de octubre y sustituido luego por el vigente Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras; segundo, los instrumentos de evaluación de impacto ambiental de las actividades de exploración investigación y explotación de los recursos mineros y de los hidrocarburos, tanto la evaluación de impacto ambiental ordinaria como la simplificada, regulados en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, incluyendo la referencia al régimen sancionador en esta materia; tercero, la responsabilidad ambiental de las citadas actividades, en aplicación de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, poniendo de manifiesto el distinto carácter que esta responsabilidad puede revestir en función de la inclusión o no de la actividad en el anexo III de dicha Ley (responsabilidad objetiva o subjetiva) y precisando las medidas de prevención, evitación y reparación que los operadores económicos deben adoptar, en caso de riesgo o accidente, así como el régimen sancionador aplicable; y cuarto y último,

las especiales medidas de seguridad exigibles para las operaciones relacionadas con la investigación y explotación de hidrocarburos en el medio marino, reguladas en el Real Decreto-ley 16/2017, de 17 de noviembre, y por el Real Decreto 1339/2018, de 29 de octubre, que lo desarrolla.

Si bien la propia autora nos advierte que su trabajo no trata la perspectiva de las minas y los hidrocarburos como actividades sometidas al control administrativo territorial y urbanístico, consciente de la dirección que en los últimos años están tomando las políticas en el sector de la minería y de los hidrocarburos, en el capítulo octavo nos brinda un breve, pero certero, apunte del entronque de estos sectores con la ordenación del territorio y el urbanismo, reclamando la necesidad de contar con una planificación integradora de los aspectos económicos, industriales y urbanísticos.

Finaliza la obra que reseñamos con unas precisas consideraciones finales, donde, a modo de recapitulación, se incluyen las principales apreciaciones y propuestas formuladas a lo largo de la misma.

Por último, además de las obligadas referencias bibliográficas, la monografía cuenta con dos anexos: el primero de ellos de jurisprudencia, en el que aparecen clasificadas por materias el centenar de sentencias analizadas en esta investigación; en el segundo anexo figuran los gráficos de los procedimientos administrativos de otorgamiento de los títulos administrativos habilitantes para el aprovechamiento de los recursos mineros y los hidrocarburos, tanto en el ámbito competencial del Estado como en el de la Comunidad Autónoma de Andalucía, anexo éste cuya consulta facilita, sin duda, al lector la comprensión y seguimiento de la tramitación de tales procedimientos.

En definitiva, con este espléndido trabajo, llamado a ser sin duda una obra de referencia en su campo, la profesora Avila Rodríguez aporta, no ya un grano de arena, sino una auténtica montaña, al estudio jurídico de esos dos sectores, minas e hidrocarburos, necesitados, como ella misma advierte, de una mayor atención, dada su indudable relevancia pública y económica.

María del Pilar Castro López

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Administrativo

Universidad de Málaga

GONZÁLEZ RÍOS, I., *Los Entes Locales ante la transición y sostenibilidad energética. Nuevos desafíos jurídicos-administrativos para 2030/2050*. Prólogo de Ángel Sánchez Blanco. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, 423 págs.

Es para mí un placer poder recensionar la última monografía de Isabel González Ríos, catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga. Soy conocedor de la gran dedicación que la autora ha prestado a esta obra y la minuciosidad que ha procurado hasta el último momento para que estuviera lo más actualizada posible ante un objeto de estudio en continuo cambio. Un libro dedicado a tres personas que, en gran parte, han sufrido el inmenso trabajo que encierran sus más de cuatrocientas páginas, pero que la comunidad investigadora, estoy seguro, agradece con enorme entusiasmo por su rigurosidad, coherencia y practicidad.

La obra se divide en diez capítulos que recorren desde el marco conceptual existente en la materia hasta el análisis de los diferentes sectores en los que la participación de las Entidades Locales se torna esencial para garantizar la ansiada sostenibilidad energética. Así, en el primero de ellos, donde ya se aprecia la exquisitez de la profesora a la hora de abordar el tema, se disecciona el concepto de sostenibilidad energética, tanto a nivel comunitario como nacional. En los instrumentos europeos no se localiza una definición, pero se deduce que se trata de una noción amplia (indeterminada por el momento) al trascender de la mera sostenibilidad ambiental y apostar por la integración de las energías renovables y la eficiencia energética, junto con un desarrollo que no solo involucra al ámbito energético sino también a cualquier sector económico. En el ámbito interno, existe mayor concreción normativa pero en cuanto al “desarrollo sostenible” en su vertiente energética, como se aprecia en la Ley de Economía Sostenible y en el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana. Especialmente, es ésta última norma la que aporta un concepto legal de desarrollo sostenible en el medio urbano, donde el uso eficiente de la energía cobra un papel protagonista. Por sorprendente que parezca, la normativa energética no repara la atención en la definición de sostenibilidad energética.

La tendencia de la autora por clarificar los conceptos jurídicos frente a la indefinición normativa (como queda expuesto en sus predecesoras monografías), la conducen a realizar una completa propuesta conceptual de sostenibilidad energética, con marcado acento social. Entendiendo ésta como “la implementación de un sistema energético basado en el desarrollo económico, a través de un mercado energético competitivo y diversificado; en el desarrollo social, mediante la adopción de medidas de protección de los consumidores energéticos, de lucha contra la pobreza energética y de creación de empleo en el sector; y, en el desarrollo medioambiental, a través de la incorporación de las energías renovables y del ahorro y la eficiencia energética. Ello

con la finalidad de satisfacer las necesidades de energía presentes sin comprometer la posibilidad de que las generaciones futuras satisfagan las suyas propias” (págs. 56 y 57). La concreción normativa de este concepto ayudaría a delimitar el ámbito de estudio y los límites de la tutela judicial y administrativa. Por ello, llama la atención que la reciente Ley de Cambio Climático y Transición Energética no acojan una definición.

Una vez clarificado los aspectos conceptuales, la autora dedica el segundo capítulo al estudio de la planificación energética para comprobar cómo ésta aborda el fomento de las energías limpias y el uso energético eficiente. Ello conduce a poner en evidencia la limitada intervención de los Entes Locales en la planificación energética nacional. Según González Ríos “[s]e echa en falta una mayor intervención de los Entes locales en la planificación energética, vinculante e indicativa, dada la irrupción de la producción de energía in situ y especialmente del autoconsumo vinculado a la ciudad” (pág. 398). Al mismo tiempo, centrándose en Andalucía, pone de relieve la relación entre la planificación de las redes eléctricas y el planeamiento urbanístico. Un asunto especialmente importante ya que el urbanismo tiene gran incidencia en el logro de un modelo energético sostenible, desde la consolidación de una movilidad urbana respetuosa con el medioambiente hasta la ubicación de infraestructuras energéticas o la reducción de pérdidas de energía en el transporte. Tras ello, expone el procedimiento de autorización para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables. Una actividad sujeta en la Comunidad andaluza a autorización de instalación, a las correspondientes autorizaciones ambientales y a licencia urbanística, lo que implica la intervención de los Entes Locales. Por lo que las medidas destinadas a la simplificación administrativa son de gran ayuda como afirma la autora.

En el despliegue de esas infraestructuras energéticas con energía renovable, destaca el estudio sobre el autoconsumo eléctrico, el cual, representa un factor importante para la sostenibilidad energética e involucra directamente a la Administración Local para su despliegue. En gran medida, el autoconsumo eléctrico guarda gran relación con los aspectos urbanísticos en tanto en cuanto se requiere concretar las conexiones de las redes interiores o líneas directas a las redes eléctricas existentes, que a su vez exige coordinación con la planificación territorial autonómica, así como, el papel que los edificios locales pueden desempeñar en la ubicación de dicho tipo de instalaciones. Este apartado continúa con el examen de la ejecución de las instalaciones técnicas de un edificio, determinando su marco normativo y conceptual y su régimen jurídico, que deja entrever la nula intervención que la normativa estatal atribuye a los Entes Locales en este aspecto. Un hecho enmendado por la jurisprudencia tal y como se señala. Así, se deduce la competencia municipal para aprobar ordenanzas relativas a la eficiencia energética y el uso de energías renova-

bles en la edificación desde las facultades que ostentan los municipios en materia de protección del medioambiente y urbanísticas.

El capítulo tercero pone el foco de atención en los edificios energéticamente sostenibles, constituyendo el apartado más extenso. Y no es de extrañar si tenemos en cuenta que la edificación es uno de los sectores que más energía consume. De este modo, se sintetiza la regulación de la construcción, reforma y gestión de los edificios desde el punto de vista de la eficiencia energética, reparando en la amplia normativa existente, y comprobando el papel de los Entes Locales en este ámbito. En relación con ello, el capítulo cuarto repasa en la intervención municipal respecto de las exigencias de eficiencia energética que pueden serle aplicable a los edificios históricos y que se enfrenta al tradicional principio conservacionista de la edificación histórica. A raíz de los postulados de la normativa reguladora del patrimonio histórico, del suelo y la urbanística, así como de las normas energéticas, se resalta el campo de acción de los Entes Locales en este sector. Como resultado, se deja entrever la difícil relación entre el régimen de conservación y rehabilitación de un edificio histórico y su adaptación a las exigencias del ahorro de energía.

Continuando con un aspecto que cada vez adquiere más importancia se expone, en el capítulo sexto, el problema de la contaminación lumínica, incidiendo en los instrumentos de intervención municipal para paliar este problema, dada las claras competencias del municipio y también de las diputaciones provinciales en alumbrado público. Tomando como referencia a Andalucía, se describen las principales limitaciones y restricciones al uso del alumbrado, la zonificación lumínica, las infraestructuras de redes eléctricas en su integración al planeamiento urbanístico y las instalaciones de alumbrado público municipal como bienes de dominio público.

Pero si hay un aspecto en el ámbito urbano que está llamado a revolucionar el día a día de los entornos locales, éste es el transporte y la movilidad. Los gases contaminantes que desprende el sector generan graves perjuicios para la comunidad. Por ello, el séptimo capítulo se centra en la sostenibilidad energética de los sistemas de desplazamientos en las ciudades.

El apartado comienza exponiendo el marco normativo sobre el transporte y la movilidad urbana que referencian la sostenibilidad energética de los mismos, tanto a nivel comunitario como interno, diferenciando entre las normas de introducción de energías alternativas en el transporte y de movilidad sostenible. Posteriormente, describe la atribución de competencias en la materia para comprobar cómo los Entes Locales pueden hacer un uso más eficiente de la energía en el transporte a través de sus potestades y de la calificación de las calles como bienes de dominio público (aspecto éste último estudiado profundamente por la autora en monografías anteriores). Y es que los municipios como titulares de las vías urbanas ejercen sobre ellos las

facultades propias de su calificación demanial, así como las competencias sobre tráfico, movilidad y transporte colectivo urbano que legalmente se les atribuyen. Como expone González Ríos, de las diferentes normas reseñadas, se deduce la pretendida intervención municipal para garantizar un uso más eficiente del transporte urbano.

Así pues, para alcanzar otro tipo de desplazamientos, se resaltan instrumentos como los planes de movilidad urbana sostenible y los planes de movilidad a las empresas, sin olvidar el relevante papel que tiene la planificación urbanística para propiciar movimientos más respetuosos con el entorno. Además, de la incorporación de los biocarburantes en el transporte y el fomento del vehículo eléctrico como predica la normativa energética. Especialmente relevante es la intervención municipal en este último ámbito.

El capítulo termina con los nuevos retos en transporte y movilidad sostenible propiciados desde la Unión Europea. Se echa en falta una mayor profundización en la movilidad inteligente y conectada que se configura como la senda futura hacia la que camina el organismo comunitario para reducir la dependencia de los combustibles fósiles en el sector transporte. En los últimos años se entiende que la movilidad sostenible tendrá que hacer uso de la inteligencia artificial para producir un cambio de paradigma en los desplazamientos, de hecho, la Estrategia europea de Movilidad Sostenible e Inteligente considera que ésta “se está volviendo fundamental para la automatización del transporte en todos los modos y los componentes [...]”. E incluso, el Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial pretende aplicar la misma a la prestación de los servicios de interés público, entre ellos, al transporte, para automatizar el sistema y mejorar la eficiencia energética, reducir los costes, ser más ecológicos, ayudar al desarrollo empresarial y ofrecer a los ciudadanos mayor seguridad y limpieza. Y para más inri, los municipios, dadas sus competencias, van a desarrollar un papel clave en la implementación de la movilidad inteligente y van a poder utilizarla para avanzar hacia una mayor sostenibilidad.

El capítulo séptimo descubre el papel de otros instrumentos locales para conseguir la sostenibilidad energética como son la contratación local y las comunidades locales de energía. Para el primer supuesto, la autora aborda un rosario de cuestiones relacionadas con este aspecto como la adquisición de bienes o servicios de alta eficiencia, los contratos de servicios energéticos en el ámbito municipal o los nuevos retos que se derivan tras las directivas comunitarias de contratación de 2014 y del denominado paquete de energía de la Unión Europea. En relación con la segunda figura, de novedosa configuración, se parte de la definición normativa dada por la Directiva 2018/2001, para, posteriormente, discernir su naturaleza jurídica y régimen de actividades de las comunidades locales de energía. Este epígrafe constituye uno de los más originales de la obra, dada la escasez de estudios sobre tal institución.

El capítulo octavo aborda el régimen sancionador en materia de sostenibilidad energética, distinguiendo entre los diferentes ámbitos estudiados: energías renovables y eficiencia energética (sector eléctrico renovable, obligaciones de eficiencia energética y auditorías y proveedores de servicios energéticos, ahorro y eficiencia energética de los edificios), iluminación exterior y contaminación lumínica y movilidad y transporte público urbano; ya que no existe un régimen común ni unitario sobre las sanciones a aplicar. Consecuentemente, nos hallamos ante una limitada intervención de la Administración Local, junto con una gran dispersión en la materia.

Finalmente, el libro cierra con un capítulo dedicado a las diferentes medidas para fomentar la sostenibilidad, poniendo el foco de atención en los Entes Locales. Principalmente, se expone el régimen de ayudas a la transición energética tanto de la Unión Europea como del ámbito nacional. Un apartado de gran valor para el operador jurídico-económico ya que encontrará una descripción y valoración de los diferentes fondos destinados al ahorro de energía.

Todo esto lleva a la profesora González Ríos a importantes reflexiones finales. Por citar algunas de las más relevantes, la autora propone la introducción en la Ley de Cambio Climático y Transición Energética de una enumeración de los ámbitos materiales de la sostenibilidad energética y las actuaciones para alcanzarla; mayor intervención de los Entes Locales en la planificación energética; sujeción de la planificación urbanística a la planificación del territorio y a la planificación del cambio climático (“planificar a nivel global y actuar a nivel local impone que se tengan en cuenta los intereses locales”), así como, una reconsideración de las técnicas de coordinación entre la planificación energética y climática y la ordenación del territorio; y actualización de la normativa de patrimonio histórico a raíz de las recientes normas comunitarias y nacionales sobre descarbonización.

En definitiva, nos hallamos ante una monografía que aborda con rigor y precisión un asunto de plena actualidad y con el que se pretende contribuir, como se expone, al establecimiento de una regulación clara en la que se identifiquen los ámbitos donde los Entes Locales deben actuar para contribuir a la sostenibilidad energética, y a configurar un sistema de financiación y mecanismos de cooperación y colaboración interadministrativa. A través de un lenguaje claro y didáctico, y una sólida estructura doctrinal, la profesora conduce al lector al convencimiento de la importancia de la actuación de la Administración Local, como pilar básico de la estructura organizativa del Estado, en la transición hacia la sostenibilidad energética. La exhaustividad de su contenido y el buen hacer de González Ríos, lo convierten en una obra de referencia en la materia, de gran interés para cualquier jurista. Además, actúa como una base de datos en tanto en cuanto sistematiza los numerosos programas, iniciativas, estrategias, fondos, instrumentos, hojas de ruta, agendas, libros

y pactos habidos en la materia, así como, la abundante legislación que se reseña, jurisprudencia y referencias doctrinales. Por ello, yo también considero, al igual que el prologuista de la obra, el catedrático Sánchez Blanco, que nos encontramos ante un Libro con mayúsculas. Enhorabuena a la autora.

José Alberto España Pérez
Contratado FPU en la Universidad de Málaga

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía sobre derecho autonómico

agosto – noviembre 2021 *

AA.VV.: *Las instituciones de autogobierno de la Comunidad Valenciana en el sistema político multinivel español* (Dir. Francisco Sanjuán Andrés y Rosario Tur Ausina), Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2021. ISBN: 978-84-1345-855-7.

AA.VV.: *Descentralización, poder y derechos sociales. Libro in Memoriam de Manuel J. Terol Becerra* (Dir. María Holgado González y M^a Reyes Pérez Alberdi), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. ISBN: 978-84-1378-773-2.

AA.VV.: *La seguridad hídrica. Desafíos y contenido* (Dir. Antonio Embid Irujo), Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2021. ISBN: 978-84-1391-231-8.

AA.VV.: *El (des)encaje de Catalunya en España* (Dir. Jaime Ferri Durá), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. ISBN: 978-84-1355-691-8.

AA.VV.: *Estado autonómico y Covid-19. Un ensayo de valoración general* (Coord. José Tudela Aranda), Ed. Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, ISBN: 978-84-1223-325-4.

AA.VV.: *Planificación regional: paisaje y patrimonio* (Coords. Julián Mora Aliseda, José Castro Serrano y Jacinto Garrido Velarde), Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2021. ISBN: 978-84-1390-863-2.

AA.VV.: *Nuevo régimen urbanístico de la Comunidad Valenciana. Homenaje a Fernando Romero Saura* (Jorge Hervás Más), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. ISBN: 978-84-1113-233-6.

AA.VV.: *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural* (Dir. Diana Santiago Iglesias, Luis Míguez Macho y Javier Ferreira Fernández; Coords. Alice de Nucio y Beatriz Agra Costa), Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2021. ISBN: 978-84-1390-248-7.

AA.VV.: *Políticas urbanas y localización de los objetivos de desarrollo sostenible* (Dir. María Rosario Alonso Ibáñez; Coords. Moneyba González Medina y Sonia de Gregorio Hurtado), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. ISBN: 978-84-1397-235-0.

AA.VV.: *Derecho y energías renovables* (Dir. Juan Rosa Moreno y Germán Valencia Martín), Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2021. ISBN: 978-84-1345-858-8.

* Sección a cargo de Javier E. QUESADA LUMBRERAS.

AA.VV.: *Administración electrónica, transparencia y contratación pública a nivel autonómico* (Dir. Isaac Martín Delgado y José Antonio Moreno Molina), Ed. Iustel, Madrid, 2021. ISBN: 978-84-9890-406-2.

AA.VV.: *El autogobierno valenciano. Una mirada desde el sur de la Comunidad Valenciana* (Dir. Verónica Rodríguez-Blanco), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. ISBN: 978-84-1397-036-3.

BURGOS GARRIDO, B.: *Régimen jurídico administrativo de la sequía y escasez hídrica. Instrumentos para su prevención y gestión*, Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2021. ISBN: 978-84-1390-473-3.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: *Sistema jurídico-administrativo de protección del Medio Ambiente*, décima edición, Ed. Ratio Legis, Madrid, 2021. ISBN: 978-84-1783-638-2.

GONZÁLEZ GARCÍA, I.: *La fusión de Comunidades Autónomas. A propósito de la (no) incorporación de Navarra al País Vasco*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. ISBN: 978-84-1397-489-7.

PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, E.: *Litigios competenciales en materia de aguas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. ISBN: 978-84-1378-753-4.

PÉREZ ZÚÑIGA, J. M.: *Estado autonómico y federal*, Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2021. ISBN: 978-84-1390-043-8.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: *Derecho urbanístico de Cataluña*, novena edición, Ed. Atelier, Barcelona, 2021. ISBN: 978-84-1824-463-6.

TRIAS PRATS, B.: *El nuevo modelo de la casación contencioso-administrativa autonómica*, Ed. Iustel, Madrid, 2021. ISBN: 978-84-9890-414-7.

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



IIAAAP