

# Administración de Andalucía

## Revista Andaluza de Administración Pública

■ 102/2018  
septiembre-diciembre

### ESTUDIOS

*Blanca Lozano Cutanda*  
Sanciones administrativas: el peligroso protagonismo de un ius puniendi alternativo

*Juan Francisco Pérez Gálvez*  
Reforma y simplificación de la denominada erróneamente "prescripción de enfermería"

*Juan Alejandro Martínez Navarro*  
El derecho a la eutanasia

*María Teresa Barranco Pérez*  
El principio de "smart regulation" en la normativa urbanística y de ordenación del territorio

### JURISPRUDENCIA

#### Comentarios de Jurisprudencia

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018, sobre el plazo para subsanar los escritos defectuosos por los que los interesados inicien procedimientos administrativos: el final de un camino o estación de paso.  
*(José Zamorano Wisnes)*

Comentario a las SSTs de 4 de junio y 26 de julio de 2018 sobre diversas cuestiones en materia de expropiación: la labor de la jurisprudencia en la "restauración" de la Ley de 16 de diciembre de 1954, cuestiones pendientes y límites a este encomiable esfuerzo.  
*(Dario Canterla Muñoz)*

#### Notas de Jurisprudencia

#### CRÓNICA PARLAMENTARIA

Crónica general de la legislatura Post-Bipartidista  
*(Victor Vázquez Alonso)*

#### CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

La incidencia de la demarcación territorial en el derecho de la propiedad, a propósito del régimen urbanístico de las "fincas complejas" y las "actuaciones de compatibilización", laguna legal y propuesta de lege ferenda  
*(Almudena Fernández Carballal)*

El acceso de terceros a las redes de electricidad. Un nuevo horizonte para productores y autoconsumidores  
*(Alejandro D. Leiva López)*

#### RESEÑA LEGISLATIVA

#### NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: Medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía  
*(Carmen Núñez Lozano)*

#### NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

#### BIBLIOGRAFÍA









# ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

## REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**Nº 102**

---

---

**Septiembre-Diciembre 2018**

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)*  
Becerra Bermejo, María Concepción, *Directora General de Recursos Humanos y Función Pública. Junta de Andalucía.*  
Cámara Villar, Gregorio. *Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada.*  
Carretero Guerra, Rafael. *Director General de Planificación y Evaluación. Junta de Andalucía.*  
Escribano Collado, Pedro. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*  
Fernández Ortega, Juan Manuel. *Director General de Administración Local. Junta de Andalucía*  
Flores Domínguez, Luis Enrique. *Secretario del Ayuntamiento de Sevilla.*  
Gutiérrez Colomina, Venancio. *Secretario del Ayuntamiento de Málaga.*  
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.*  
Martínez Fernández, Julián. *Vicerrector de Investigación. Universidad de Sevilla.*  
Moreno Andrade, Antonio. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*  
Ortiz Mallol, José, *Letrado de la Junta de Andalucía*  
Pardo Falcón, Javier. *Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía.*  
Pérez Moreno, Alfonso. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*  
Puya Jiménez, Rafael. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*  
Sánchez Bursón, José María. *Director del Instituto Andaluz de Administración Pública.*  
Valles Ferrer, José. *Catedrático de Política Económica. Universidad de Sevilla.*

### **Director:**

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

### **Secretaria:**

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

### **Consejo de Redacción:**

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

### Consejo Científico.

Alenza García, José Francisco. *Universidad de Navarra*.  
Amado Gomes, Carla. *Universidad de Lisboa*.  
Cano Campos, Tomas. *Universidad Complutense de Madrid*.  
Casado Casado, Lucia. *Universidad Rovira Virgili*.  
Civitaresse Matteucci, Stefano. *Universidad "G. d'Annunzio" Chieti - Pescara*.  
Domenech Pascual, Gabriel. *Universidad de Valencia*.  
Fernández Torres, Juan Ramón. *Universidad Complutense de Madrid*.  
Galán Galán, Alfredo. *Universidad de Barcelona*.  
Gómez Puente, Marcos. *Universidad de Cantabria*.  
Hernández González Francisco Lorenzo. *Universidad de La Laguna*.  
López Ramón, 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



Gestión de publicaciones en materias  
de Administración Públicas

**ecoedición**  

Tinta sin metales pesados y papeles procedentes de una gestión forestal sostenible

Impacto ambiental	Agotamiento de recursos fósiles	Huella de carbono	
por producto impreso	1,11 kg petróleo eq	3,89 Kg CO <sub>2</sub> eq	JUNTA DE ANDALUCÍA CONSEJO DE REGULACIÓN Y GARANTÍA PESCA Y DESEMPEÑO SOSTENIBLE reg. n.º 2019/88
por 100 g de producto	0,05 kg petróleo eq	0,21 Kg CO <sub>2</sub> eq	
% medio de un ciudadano europeo por día	24,04 %	12,43 %	Más información en <a href="http://www.ecoedicion.eu">www.ecoedicion.eu</a>

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 nº 26

41002 SEVILLA

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

[www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica](http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica)

Email: [publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es](mailto:publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es)









# SUMARIO

Pág.

## ESTUDIOS

Blanca Lozano Cutanda <i>Sanciones administrativas: el peligroso protagonismo de un ius puniendi alternativo</i>	17
Juan Francisco Pérez Gálvez <i>Reforma y simplificación de la denominada erróneamente “prescripción de enfermería”</i>	43
Juan Alejandro Martínez Navarro <i>El derecho a la eutanasia</i>	97
María Teresa Barranco Pérez <i>El principio de “smart regulation” en la normativa urbanística y de ordenación del territorio</i>	135

---

## JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA	
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018, sobre el plazo para subsanar los escritos defectuosos por los que los interesados inicien procedimientos administrativos: el final de un camino o estación de paso. <i>(José Zamorano Wisnes)</i>	175
Comentario a las SSTs de 4 de junio y 26 de julio de 2018 sobre diversas cuestiones en materia de expropiación: la labor de la jurisprudencia en la “restauración” de la Ley de 16 de diciembre de 1954, cuestiones pendientes y límites a este encomiable esfuerzo. <i>(Darío Canterla Muñoz)</i>	187

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)*

221

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)*

247

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

*(José L. Rivero Ysern)*

281

---

## CRÓNICA PARLAMENTARIA

Crónica general de la Legislatura Post-Bipartidista

*(Victor J. Vázquez Alonso)*

325

# CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

- La incidencia de la demarcación territorial en el derecho de la propiedad. A propósito del régimen urbanístico de las “fincas complejas” y las “actuaciones de compatibilización”. Laguna legal y propuesta de lege ferenda  
*(Almudena Fernández Carballal)* 335
- El acceso de terceros a las redes de electricidad. Un nuevo horizonte para productores y autoconsumidores  
*(Alejandro D. Leiva López)* 357
- 

# RESEÑA LEGISLATIVA

- Reseña de disposiciones de las Unión Europea.  
*(Lucía Millán Moro)* 397
- Crónica normativa de la Junta de Andalucía.  
*(Emilio Guichot Reina)* 431
- Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica.  
*(Carmen Núñez Lozano)* 443
- 

# NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

- INFORME: Medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía  
*(Carmen Núñez Lozano)* 455

# NOTICIAS DE REVISTAS AUTONÓMICAS

*(Severiano Fernández Ramos)*

469

---

## RECENSIONES

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M. (Dir.), Sanidad transfronteriza y libertad de circulación. Un desafío para los lugares europeos de retiro, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, 406 págs.  
*(Adriana Antúnez Sánchez)* 483
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional, Ed. Aranzadi, 2018  
*(Claudia Hernández López)* 486
- NAVARRO GONZÁLEZ, R., La motivación de los actos administrativos, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2017, 558 págs.  
*(Severiano Fernández Ramos)* 489
- SIEGEL, S. M., Hágase el agua. La solución de Israel para un mundo hambriento de agua, Nagrela editores, Alcobendas, 2017  
*(Santiago M. Álvarez Carreño)* 493

---

## BIBLIOGRAFÍA

### **BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO AUTONÓMICO**

*(Javier E. Quesada Lumbreras)*

501





# 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.

## 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 ÁRAVELO, 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





# Sanciones administrativas: el peligroso protagonismo de un *ius puniendi* alternativo<sup>1</sup>

*Blanca Lozano Cutanda*

Catedrática de Derecho Administrativo

CUNEF

SUMARIO: I. BREVE APUNTE HISTÓRICO Y SITUACIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN 1978. II. EL ESCUETO RECONOCIMIENTO POR LA CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y SU PRONTO DESARROLLO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. III. EL ESPEC-TACULAR DESARROLLO DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN MEDIANTE UNA LEGISLACIÓN *EX-TRA CODICEM*. IV. SITUACIÓN ACTUAL: LUCES Y SOMBRAS DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA POR LAS LEYES DE 2015 Y ALGUNAS PROPUESTAS DE MEJORA.

## I. BREVE APUNTE HISTÓRICO Y SITUACIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN 1978

En nuestro país la potestad sancionadora de la Administración tiene una antigua raigambre histórica y se hallaba ya muy presente, e investida de muchos de los rasgos que hoy la caracterizan, cuando en 1978 la Constitución le confirió un reconocimiento expreso.

Como expuso Ramón PARADA en su magistral artículo de 1972 “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”<sup>2</sup>, en la evolución histórica del Derecho español se observa una constante contradicción entre la legislación ordinaria, habilitante del poder punitivo de la Administración pública, y las normas constitucionales que pretendieron eliminarlo o restringirlo. Ni siquiera la Constitución de 1812, que estableció una estricta separación de poderes y una cate-

---

<sup>1</sup> Este artículo fue publicado, en una versión más breve, como contribución a la obra colectiva *España Constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, B. PENDÁS (dir.), E. GONZÁLEZ y R. ARROYO (coord.), CEPC, 2018, tomo V, pp. 3773 y ss.

<sup>2</sup> *Revista de Administración Pública*, núm. 67 (1972), pp. 41 y ss.

Recibido: 25/10/2018.

Aceptado: 9/11/2018.

górica prohibición de que el rey pudiese privar a “ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna”, impidió que las leyes inmediatamente aprobadas reconocieran a los Alcaldes y a los Jefes Políticos la posibilidad de ejercer una potestad sancionadora de índole no judicial. Desde entonces, el poder sancionador de los alcaldes, los gobernadores civiles y otras autoridades administrativas no dejó de desarrollarse, como lo prueba la voluntad de contención de las multas administrativas incluida en el Código Penal de 1845<sup>3</sup>.

Durante el siglo XIX y el primer cuarto del siglo XX, los poderes represivos de la Administración se circunscribían básicamente al orden público y se atribuían al eje Gobernador Civil-Alcalde, pero a partir de la Dictadura de Primo de Rivera se elevaron a las autoridades centrales (del Gobernador Civil al Ministro de la Gobernación), y las leyes de las entonces denominadas “propiedades especiales” (como las de caza y pesca) comenzaron a introducir facultades sancionadoras en sectores específicos.

La República no corrigió esta situación, y durante el periodo franquista el sistema se extendió prácticamente a todos los ámbitos de la intervención administrativa debido a la aparición del fenómeno del “cierre” de cualquier norma de regulación administrativa mediante un capítulo relativo a las infracciones y sanciones administrativas, fenómeno que se ha mantenido invariable desde entonces<sup>4</sup>;

Dos razones explicaban, a juicio de la doctrina, este importante desarrollo de la potestad sancionadora administrativa en España: por un lado, una razón de tipo político -que se reflejaba con especial intensidad en las sanciones “de orden público”-, por el interés de las autoridades de los grupos políticos dominantes de disponer de un arma de control y represión de los opositores; pero también, por otro lado, una razón de eficacia en la garantía del cumplimiento de la creciente ordenación normativa de la vida social económica ante la inadecuación o “crisis” del sistema judicial penal para la represión de estos ilícitos, como consecuencia de su lentitud, de la rigidez de su sistema de garantías procesales y de otros rasgos propios del proceso de enjuiciamiento criminal.

---

<sup>3</sup> El artículo 493 estableció el principio de que “en las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la Administración pública, que se publicaren en lo sucesivo, y en los bandos de policía y buen gobierno que dictaren las autoridades no es establecerán penas mayores que las señaladas en este libro (...) a no ser que se determine otra cosa por leyes especiales”.

<sup>4</sup> Así lo describía en el artículo anteriormente citado PARADA, R.: “no hay ley básica o reglamento que al lado de las regulaciones materiales no establezca una cohorte de sanciones para los futuros infractores; el capítulo represivo al margen del sistema judicial penal se ha convertido en el inquilino habitual de toda regulación administrativa, como acreditan la legislación tributaria, de vivienda, urbanismo, tráfico, comercio interior, comercio exterior, policía fluvial, navegación aérea, industria, agricultura, trabajo, publicidad, caza, etc.”.

Ahora bien, si la primera razón para otorgar poderes represivos a las autoridades gubernativas decayó con el advenimiento de la democracia, no ocurrió así con la segunda, que sigue siendo la razón práctica subyacente a la atribución de potestades sancionadoras a la Administración, y ello tanto en España como en la generalidad de los países europeos. Ocurrió así que en el siglo XX la creciente intervención pública en sectores antes reservados a la autonomía del particular -como la economía, la salud, la cultura, y otros campos relativos al “bienestar social”-, trajo consigo una avalancha de leyes que conllevaron cambios radicales tanto en las técnicas legislativas (hasta entonces fundamentalmente codicistas) como en los sistemas de ordenación social, que afectaron también a los sistemas represivos. En los ordenamientos (como España, Austria o Suiza) que habían conservado la potestad sancionadora de la Administración, la legislación especial encontró un instrumento punitivo adecuado en las sanciones administrativas, cuyo ámbito de aplicación se incrementó ostensiblemente.

En cambio, en los países que, como Alemania, Italia, Portugal o Francia carecían prácticamente de potestad sancionadora administrativa, surgió la necesidad de una “despenalización” de las conductas delictivas de menor relevancia social -los expresivamente denominados en Italia y Alemania “ilícitos-bagatela” (*Bagatelldelikte, reati bagatellari*)-, cuya represión se encomendó a la Administración, procediendo para ello a la creación ex novo de un sistema punitivo en el que se trataban de armonizar los principios de eficacia y de respeto de las garantías individuales<sup>5</sup>.

No es de extrañar por ello que, existiendo ya en España una larga -si bien polémica- tradición de reconocimiento de las sanciones administrativas, en el momento

---

<sup>5</sup> Esta despenalización se ha llevado a cabo siguiendo dos modelos. En Alemania, Italia o Portugal se han aprobado normas que contienen una disciplina general sobre las sanciones administrativas, basadas en el derecho penal -al que se remiten además en algunos aspectos-, pero con especialidades propias (en Alemania la Ley general sobre las contravenciones administrativas de 1968 (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*), de 24 de mayo de 1968, con varias modificaciones ulteriores; en Italia la Ley de 24 de noviembre de 1968, de “*Modifiche al sistema penale*”, y en Portugal el decreto-ley 232/79, de 14 de julio de 1979 -luego sustituido por el decreto-ley 433/82-, que introdujo el *Direito de Mera Ordenação Social*. Interesa señalar que, no obstante esta regulación general, en estos países, y particularmente en Italia y Portugal, también se han aprobado leyes sancionadoras especiales. En el derecho francés, en cambio, la despenalización no ha dado lugar a la aprobación de una ley marco reguladora de la potestad sancionadora; tras una primera etapa en que las medidas para la simplificación y agilización del procedimiento sancionador se adoptaron en el interior del propio sistema penal con excepciones, las leyes han ido atribuyendo una creciente potestad sancionadora a la Administración en múltiples sectores, especialmente tras la clarificación por el Consejo Constitucional francés de que tal atribución no contradice la separación de poderes siempre que se excluya toda pena de privación de libertad y de que el poder sancionador esté acompañado “de medidas destinadas a salvaguardar los derechos y libertades constitucionalmente garantizados» (Decisiones núm. 88-248 DC, de 17 de enero de 1989 y núm. 89-260 DC, de 28 de julio de 1989). *Vid.* nuestro trabajo “Panorámica general de la potestad sancionadora de la Administración en Europa: “despenalización” y garantía” y la bibliografía allí citada, en *Revista de Administración Pública*, núm. 121 (1990).

de aprobarse la Constitución la generalidad de la doctrina se mostrara favorable a su mantenimiento<sup>6</sup>.

Cuestión muy distinta era la opinión que merecían las garantías aplicables a este exorbitante poder. Como expuso E. GARCÍA DE ENTERRÍA en su antológico artículo, publicado en 1976, “El problema jurídico de las sanciones administrativas”<sup>7</sup>, el derecho sancionatorio administrativo apareció durante mucho tiempo “como un derecho primario y arcaico, donde seguían teniendo cabida las antiguas y groseras técnicas de la responsabilidad objetiva, del *versare in re illicita*, de supuestos estimativos y no tipificados legalmente de las infracciones sancionables, de las pruebas por presunciones, con desplazamiento al reo de la carga de probar su inocencia, de los procedimientos sancionatorios no contradictorios, de recursos en justicia condicionados a la previa efectividad de la sanción, o de los que puede resultar la sorpresa de una *reformatio in pejus*, de la persistencia imprescriptible de la responsabilidad, de la ilimitación o indeterminación de las penas y sanciones de las penas o sanciones (...)”; “Sin hipérbole puede decirse que el Derecho Administrativo sancionatorio es un derecho represivo pre-beccariano”.

Ahora bien, esta situación, apoyada en la ausencia de una regulación legal de las materias generales y en la sumariedad de los preceptos legales que conferían poderes sancionatorios a la Administración, había sido en buena parte corregida -como destacaban estos mismos autores-, por una resuelta doctrina jurisprudencial que, a partir de la década de los sesenta, fue colmando la ausencia de una regulación general de las infracciones y sanciones administrativas mediante la aplicación de los principios y de las técnicas propios del sistema penal<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> El propio PARADA, R., tras considerar el desarrollo de la potestad sancionadora de la Administración en España como “patológico” en contraste con el del Derecho europeo, concluía que “después de siglo y medio de disparidad entre la legislación ordinaria y la Constitución de poco serviría ciertamente tachar de anticonstitucionales a las normas administrativas que regulan el poder sancionador de la Administración. Anularlas a través de un recurso de contrafuero, o simplemente derogarlas —más allá de las polémicas y politizadas normas sancionadoras sobre el orden público y las que afectan a las jurisdicciones especiales- supondría dejar indefensa a la Administración y negar la más elemental garantía de las reglas necesariamente coactivas sobre la actividad de la Administración” (1972: 91). Del mismo modo, ya en 1961 el profesor GARRIDO FALLA, F., justificaba en su *Tratado de Derecho Administrativo* la potestad sancionadora de la Administración como una de sus prerrogativas de autotutela, ejercidas como “poder jurídico (y en tal sentido autosuficiente)” y dirigida a “reprimir transgresiones que se han producido en un campo cuya competencia y cuidado ha sido previamente encomendado a la Administración” (3ª edición, Centro de Estudios Políticos, volumen II, pp. 173 y 174).

<sup>7</sup> *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 10, pp. 399 y ss. Su contenido fue luego incorporado a la segunda edición del *Curso de Derecho Administrativo* de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., Cívitas, Madrid, 1977.

<sup>8</sup> Se hizo así por considerarse que “en materia sancionadora o correctora, aunque se produzca en la esfera administrativa, la valoración de los hechos e interpretación de las normas se mueve en el ámbito de

En cuanto al procedimiento sancionador, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 lo regulaba como uno de los procedimientos especiales (Capítulo II del Título IV), y se reconocían ya un buen número de garantías del inculpado, tales como la notificación preceptiva de la acusación, el trámite de prueba, la doble posibilidad de presentar alegaciones del interesado, la motivación de la resolución sancionadora o la posibilidad de recurrirla en vía administrativa y contencioso-administrativa. Sin embargo, como ponían de manifiesto los autores citados, “la salvedad de disposiciones especiales, y la propia sumariedad e imperfección de la regulación de la LPA, limitan el efecto de garantía que ha de ser el aspecto predominante de este procedimiento”.

Quedaban así por completo fuera de esta regulación las sanciones de orden público, que podían imponerse “de plano” sin procedimiento alguno “cuando de la denuncia o antecedente apareciere comprobada la infracción o extralimitación”<sup>9</sup>, y para cuya ejecución se preveía la posibilidad de un arresto sustitutorio consistente en una privación de libertad de hasta tres meses<sup>10</sup>. Estas toscas sanciones gubernativas fueron la diana de las críticas doctrinales, lideradas por L. MARTÍN-RETORTILLO<sup>11</sup>, en cuanto resabios autoritarios que chocaban con los principios garantistas que iban abriéndose paso en el tardofranquismo. También en otros ámbitos la Administración podía imponer penas privativas de libertad; así ocurría, por ejemplo, en la represión del contrabando, donde se preveían sanciones de prisión -de hasta cuatro años- que eran aplicadas por una pretendida “Jurisdicción” y por unos “Tribunales” que revestían, en realidad, un carácter puramente administrativo<sup>12</sup>.

Por último, en cuanto a las medidas sancionatorias se refiere, cabe destacar que las multas, que han sido desde siempre la sanción por excelencia, alcanzaban ya

---

la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio, sea cual sea la jurisdicción en que se produzca, viene sujeta a unos mismos principios cuyo respeto legitima la imposición de las sanciones (...), tales como que la acción ha de ser típica o prevista y descrita como tal por norma jurídica anterior (aunque era comúnmente admitido que dicha norma no tuviese rango de ley), antijurídica, esto es lesiva de un bien protegido por la Ley, culpable o atribuible al autor por dolo o culpa, y no procediendo en ningún caso la interpretación extensiva, ni analógica, sino que es menester atenerse a la norma estricta” (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1972, seguida de otras muchas).

<sup>9</sup> Así lo disponía el Procedimiento Administrativo del Ministerio de la Gobernación de 31 de enero de 1957 (art. 137, apartado 5), cuya vigencia tras la Ley de Procedimiento Administrativo fue declarada por el Decreto de vigencias de 10 de octubre de 1958.

<sup>10</sup> Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 en sus artículos 22 y 23, redactados conforme a la Ley de reforma de 21 de julio de 1973.

<sup>11</sup> Sus obras señeras fueron: “Sanciones penales y sanciones gubernativas”, en *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, Salamanca, 1971; *Las sanciones de Orden Público en Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 1973; y “Multas administrativas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 79, pp. 9 y ss.

<sup>12</sup> Decreto 2166/1964, de 16 de julio, por el que se adapta la Ley de Contrabando a la Ley General Tributaria (art. 24).

cuantías muy elevadas, que excedían no solo los límites establecidos en el Libro III el Código Penal de 1973 para las faltas (en contra de lo dispuesto en su art. 603), sino también en no pocos casos, y para asombro de la doctrina, los límites estipulados por el Libro II para los delitos. Así, la Ley de Hidrocarburos de 1974 preveía multas de 5.000.000 de pesetas y, en materia de “disciplina de mercado” las infracciones graves se sancionaban con multa “de dos millones quinientas mil pesetas en adelante” porque, al igual que hoy, su cuantía se hacía depender del beneficio ilícitamente obtenido por el infractor, normalmente una persona jurídica; ¡ninguna bagatela!

Así estaban las cosas cuando se aprobó la Constitución española de 1978.

## II. EL ESCUETO RECONOCIMIENTO POR LA CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y SU PRONTO DESARROLLO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Constitución apenas dedicó tres artículos a las sanciones administrativas (25.1 y 3; 9.3 y 45), pero bastaron para constitucionalizar la potestad punitiva de la Administración. Su reconocimiento por la Carta Magna se aprecia, en especial, en su art. 25.3 que, al prohibir que la Administración civil imponga penas privativas de libertad, implícitamente admite que sancione con penas de otro tipo. En el art. 45.3 se aprecia, por su parte, la voluntad de que la potestad sancionadora pueda servir como un instrumento importante de prevención de los incumplimientos en ámbitos, como el de la protección del medio ambiente, en el que se protegen intereses de todos los ciudadanos.

Con apoyatura en estos preceptos, el legislador postconstituyente bien podía haber aprobado una ley general reguladora de las sanciones administrativas, siguiendo el modelo de otros países europeos, pero las prioridades eran otras y no lo hizo así. Por ello, ante la pervivencia de abundante normativa del sistema anterior, el Tribunal Constitucional fue creando un cuerpo de doctrina en la materia mediante el desarrollo del art. 25 CE, ya fuera de forma aislada o en conexión con otros artículos, singularmente el 24 sobre el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el 9 sobre las garantías jurídicas.

Importa señalar que este desarrollo llevado a cabo por el supremo intérprete de la Constitución se hizo siguiendo la misma línea apuntada por la jurisprudencia preconstitucional del Tribunal Supremo, *i.e.* partiendo de la equiparación sustancial entre lo sancionatorio penal y lo administrativo en cuanto dos manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, para trasladar a la potestad sancionadora, con matices, los principios penales.



El Tribunal Constitucional se pronunció así sobre las sanciones administrativas desde la segunda Sentencia que dictó (de 30 de enero de 1981) y, como señaló la más temprana doctrina<sup>13</sup>, sentó las bases del sistema sancionatorio en la Sentencia 77/1983, de 3 de octubre (ponente Luis Díez-Picazo), dictada —no es de extrañar— en un recurso de amparo contra una sanción de orden público. Dice así el Tribunal Constitucional en este capital pronunciamiento que, si bien “en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial”, tal sistema “no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable”, por razones tales como “la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor intermediación entre la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados”. Estas y no otras son las razones, a juicio del Tribunal Constitucional, que han llevado a que la Constitución admita la potestad sancionatoria de la Administración en el artículo 25, apartado tercero.

En esta fundamental Sentencia se apuntan ya, además, los límites constitucionales básicos de la potestad sancionadora de la Administración, como son, junto a los ya señalados, el respeto de las garantías de los derechos de defensa del art. 24 de la Constitución y el necesario control a posteriori por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso, así como el principio *non bis in idem*.

Partiendo de esta asimilación esencial de la potestad sancionadora de la Administración al *ius puniendi* del Estado, el Tribunal Constitucional fue desgranando los principios fundamentales que rigen su ejercicio. Además, estas sentencias fueron perfilando las especialidades que presentan estos principios de la potestad sancionadora respecto de los aplicables en la órbita penal, siendo en este punto especialmente destacables dos: en primer lugar, en relación al principio de legalidad, el menor rigor de la exigencia de norma con rango de ley para cumplir el principio de predeterminación normativa de los ilícitos y sus sanciones, admitiéndose un cierto grado de colaboración reglamentaria siempre que sus elementos esenciales hayan sido establecidos por ley; y, en segundo lugar, la necesaria flexibilización de las garantías procesales del art. 24 de la Constitución, que resultan aplicables a las sanciones administrativas “en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en

---

<sup>13</sup> Vid., CANO MATA, A., *Las infracciones administrativas en la doctrina del Tribunal Constitucional*, EDERSA, 1984 y SANZ GANDASEGUI, F., *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución Española y el Tribunal Constitucional*, EDERSA, 1985.

la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución” (STC 18/1981)<sup>14</sup>.

La doctrina del Tribunal Constitucional fue acompañada, y en ocasiones completada, por la del Tribunal Supremo, de manera que, al inicio de la década de los noventa se contaba ya con un elenco bastante completo de principios y de garantías básicos de la potestad sancionadora de la Administración, que se había elaborado, partiendo de la teoría del *ius puniendi* único del Estado, por asimilación, con excepciones y matices, de los propios del Derecho Penal.

### III. EL ESPECTACULAR DESARROLLO DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN MEDIANTE UNA LEGISLACIÓN *EXTRA CODICEM*

A pesar de los progresos jurisprudenciales expuestos, o quizás precisamente por confiar en ellos, el Legislador no se decidió a aprobar una ley general de las infracciones y sanciones administrativas como se ha hecho en otros países europeos. Se conformó, en cambio, con recoger en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en su Título IX), “los principios básicos de la potestad sancionadora y de los derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia en la materia” (Exposición de Motivos).

En algún caso, este reconocimiento legal supuso incluso una regresión en la configuración jurisprudencial de tales principios. Así ocurrió con el principio de culpabilidad, pues el art. 130 de la Ley 30/1992 disponía que la responsabilidad surgía “aun a título de simple inobservancia”, lo que parecía permitir la aplicación de sanciones por el mero resultado. De nuevo, fue la jurisprudencia la que tuvo que volver a poner las cosas en su sitio, aclarando que “esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en el derecho administrativo de la responsabilidad objetiva” pues el principio de culpabilidad se infiere de los principios constitucionales de legalidad y prohibición de exceso (art. 25.1 CE), o de las propias exigencias

---

<sup>14</sup> En este ámbito de las garantías procesales se manifiesta de un modo especialmente intenso la necesidad de armonizar el principio de eficacia de la Administración con la salvaguarda de las garantías individuales, pues aunque a la hora de sancionar han de respetarse las garantías esenciales que caracterizan a un Estado de Derecho, pretender que el proceso sancionador administrativo opere de modo idéntico al penal sería ilusorio, pues ni la autoridad administrativa podrá nunca equipararse a un juez, ni ello contribuiría a la mejora del sistema punitivo, que otorga poderes represivos de determinados ilícitos a la Administración atendiendo precisamente, como el propio Tribunal Constitucional estatuyó en su Sentencia 77/1983, a su mayor eficacia a la hora de sancionar.

inherentes a un Estado de Derecho, por lo que se requiere dolo o culpa” (STS de 31 de octubre de 2007, rec. n.º 9858/2003, con cita de la doctrina del TC al respecto)<sup>15</sup>.

Interesa no obstante precisar que la exigencia de culpabilidad se topa en muchos casos con la configuración de los ilícitos administrativos como infracciones de peligro abstracto, que se consuman con la mera realización de la conducta ilícita (p.ej., conducir sin carnet o excediendo de los límites de velocidad), porque dicha conducta presupone y se asocia automáticamente con una actuación negligente salvo que se pruebe la concurrencia de una causa de justificación que excluya la responsabilidad (como sería, por ejemplo, circular a mayor velocidad de la permitida por una causa médica). Pero este problema se da hoy también en algunos ilícitos penales como consecuencia del creciente papel preventivo que se otorga a las medidas represivas; sobre ello volveremos más adelante, baste aquí señalar que el Derecho Penal, en un Estado poco respetuoso de la intervención mínima, tipifica cada vez más delitos de peligro abstracto que vienen a duplicar además, en muchos casos, las conductas ya sancionadas administrativamente (así ocurre, sin ir más lejos, con los dos ejemplos de infracciones administrativas citados, que constituyen también sendos delitos de peligro abstracto).

Volviendo a la Ley 30/1992, la parquedad y la insuficiencia de su regulación afectaban en especial al procedimiento para sancionar, pues apenas se le dedicaban cinco preceptos sobre principios básicos y se omitía toda regulación de sus trámites mediante un procedimiento común (regulación que, en cambio, si contenía -si bien escuetamente- la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958). Se hizo así como consecuencia de una interpretación claramente excesiva de la jurisprudencia constitucional que declaró que la potestad sancionadora no constituye un título competencial autónomo y que, por ello, las Comunidades Autónomas tienen potestad sancionadora en las materias sustantivas sobre las que ostenten competencias -cuando el propio TC precisaba que, en todo caso, esta competencia habría de atenerse a los principios básicos del ordenamiento estatal- (SSTC 87/1985 cuya doctrina es reiterada, entre otras, por las SSTC 102/1995; 137/1986; 48/1988 y 227/1988).

---

<sup>15</sup> El reconocimiento de la vigencia del principio de culpabilidad en derecho sancionador administrativo permite a la jurisprudencia corregir excesos de los poderes públicos, declarando así, por ejemplo, contrarias a este principio algunas prácticas seguidas por de la Administración de Hacienda: considerar la sanción como una consecuencia prácticamente obligada y automática de toda regularización tributaria en la que la culpabilidad se razona por exclusión -porque no se aprecia la existencia de una discrepancia interpretativa razonable- (STS de 23 de octubre de 2009, rec. 3121/2003, seguida de otras muchas); o la imposibilidad de “presumir una conducta dolosa por el mero hecho de las especiales circunstancias que rodean al sujeto pasivo de la imposición (importancia económica, clase de asesoramiento que recibe, etc.)” (STS de 27 de noviembre de 2008 y de 6 de junio de 2014 –rec. 1411/2012-, entre otras).

Así lo denunció la doctrina, que puso el grito en el cielo ante los peligros de este “big-bang” del procedimiento administrativo sancionador<sup>16</sup>, denunciando que “la deslegalización de ese procedimiento que llevaba a cabo el artículo 134.1 (“legal o reglamentariamente establecido”) era una de las imperfecciones más clamorosas e injustificables de la LPC”<sup>17</sup>. Esta grave omisión trató de suplirse con la aprobación de un Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, por Real Decreto de 4 de agosto de 1993, que no podía, sin embargo, cumplir la función de dotarle de una norma marco, tanto por su carácter reglamentario como por su mero carácter supletorio; se trataba de un reglamento aplicable únicamente “en defecto total o parcial de procedimientos específicos previstos en las correspondientes normas” (art. 1º), por lo que podía ser desplazado por cualesquiera otras normas estatales, autonómicas o, incluso, locales.

El procedimiento sancionador quedó así al albur de las normas sectoriales, de tal forma que el Estado aprobó procedimientos sancionadores singulares en diversos sectores (entre otros: tributario, disciplinario de los funcionarios y por infracciones en el orden social –expresamente excluidos los tres de la aplicación de los principios generales de la Ley 30/1992-, defensa de la competencia, tráfico, mercados financieros, y estadística). Al propio tiempo, siguiendo la misma orientación que el Reglamento estatal, varias Comunidades Autónomas aprobaron su propio procedimiento administrativo sancionador general y lo hicieron siguiendo modelos diversos, lo que contribuyó a disgregar aún más la materia. Entre estas regulaciones autonómicas interesa destacar la Ley 2/1998, de 20 de febrero, sobre la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas del País Vasco, que ha llevado a cabo una regulación completa de la potestad sancionadora tanto en los aspectos sustantivos como procedimentales y lo ha hecho mediante la adaptación de los principios y reglas del derecho penal; un modelo para una regulación general de la potestad sancionadora que no ha tenido acogida, sin embargo, en la legislación estatal.

Si esta calamitosa regulación del procedimiento sancionador no produjo males mayores en las garantías del inculpado fue porque, por un lado al final imperó la sensatez y no se introdujeron grandes diferencias en las regulaciones sectoriales pero, sobre todo, porque una vez más la jurisprudencia vino a suplir las lagunas normativas, y continuo su labor de trasladar, aunque fuera de modo parcial y con matices,

---

<sup>16</sup> Este fue el expresivo título del importante artículo publicado sobre esta cuestión por GONZÁLEZ NAVARRO, F., en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78 (1993), pp. 223 y ss., luego reproducido en la obra de este autor y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Thomson-Cívitas, Madrid, 1997, pp. 2726 y ss.

<sup>17</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, sexta edición, Cívitas, Madrid, 1999, pp. 182 y ss.

los derechos fundamentales de defensa del art. 24.2 de la Constitución al inculpado de las infracciones administrativas<sup>18</sup>.

Interesa en este punto destacar que en esta labor de aplicación modulada de los derechos fundamentales de defensa al procedimiento administrativo sancionador, el Tribunal Constitucional sigue la orientación marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En efecto, este Tribunal ha realizado una operación semejante con el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos pues, desde las Sentencias *Engel y otros contra Países Bajos*, de 8 de junio de 1976 y *Öztürk contra Alemania* de 21 de febrero de 1984, mantiene en su jurisprudencia una concepción autónoma de la noción de “pena” y de “acusación en materia penal” que permite la traslación de los derechos que consagra, también en parte y con matizaciones, a los procedimientos represivos calificados por los derechos nacionales como sancionadores administrativos<sup>19</sup>. De esta forma, la jurisprudencia del TEDH confirma la línea de continuidad que existe entre la pena y la sanción administrativa, y la consiguiente aplicabilidad a ésta de los principios y garantías constitucionales básicos del proceso penal<sup>20</sup>.

Esta traslación jurisprudencial de gran parte de las garantías de defensa del art. 24.2 de la Constitución al procedimiento sancionador de la Administración ha llevado a una importante singularidad de éste respecto del resto de los procedimientos administrativos, incluidos los de adopción de actos de gravamen, y ello tanto respecto a los principios y las reglas aplicables –que limitan la libertad de configuración del Legislador–, como respecto de las vías de recurso, pues en materia de sanciones administrativas cabe siempre invocar la lesión de derechos y garantías constitucionales, con la consiguiente posibilidad de utilizar tanto el recurso contencioso-administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales como el recurso de amparo una vez agotada la vía jurisdiccional ordinaria y, en su caso, la vía de la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la posible lesión de las garantías del art. 6 del Convenio en determinados casos.

---

<sup>18</sup> Entre otros, según la cita del propio TC: “el derecho a la defensa que proscribe cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de infracción recaiga sobre la Administración (...); o el derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para la defensa (...)”: SSTC 7/1998, 9/2003 y 157/2000, entre otras). La referencia doctrinal obligada en esta materia es la obra de ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *Procedimiento Administrativo Sancionador y Derechos Fundamentales*, Cívitas, Madrid, 2007.

<sup>19</sup> Véanse también, en este sentido, entre otras, las Sentencias *Welch contra Reino Unido* de 9 de febrero de 1995; *Putz contra Austria* de 22 de febrero de 1996; *Pierre-Bloch contra Francia* de 21 de octubre de 1997; y *Malinge contra Francia* de 23 de septiembre de 1998.

<sup>20</sup> Así lo reconoce el propio Tribunal Constitucional en sentencias como la 89/1995 y la 45/1997.

Esta singularidad constitucional de las sanciones administrativas está dotada de un gran potencial expansivo, como lo demuestran algunos pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Sorprenden así, por ejemplo, las Sentencias que aceptan flexibilizar en determinados casos para las sanciones administrativas los “sacrosantos” principios de la irrecurribilidad de los actos firmes y consentidos o de la imposibilidad de revisión de las sanciones impuestas por acto firme y ya ejecutadas, mediante argumentos fundados en la inconstitucionalidad por vulneración de derechos fundamentales de la resolución sancionadora o de la ley que tipificó la infracción<sup>21</sup>. Pero, al propio tiempo, esta jurisprudencia reviste un carácter vacilante y quebradizo, pues no está nunca claro hasta dónde deben penetrar los derechos fundamentales en el régimen jurídico sustancial y procesal de las sanciones administrativas, con el consiguiente menoscabo del principio de seguridad jurídica.

Pues bien, en este estado de cosas las leyes estatales sectoriales y autonómicas dictadas desde 1992 han ampliado de forma espectacular los poderes sancionadores de la Administración. No hay actualmente ningún sector de la vida social o económica sometido a intervención administrativa que no esté acompañado de la previsión de infracciones administrativas<sup>22</sup>.

Resulta indiscutible que hoy cualquier conducta dañosa que provoque alarma social recibe como inmediata respuesta su punición, como medida de gran repercusión mediática y de bajo coste económico, ignorándose por completo el impacto que

---

<sup>21</sup> Por lo que respecta al principio de irrecurribilidad de los actos firmes y consentidos del art. 28 de la LJCA, *vid.* la STS de 2 de junio de 2014, rec. n.º 467/2012 (que comentamos en “*Caso Mercadona*, extensión de los efectos de una sentencia anulatoria de una sanción a quienes no recurrieron contra ella”, en *Diario La Ley*, n.º 8384, 2014), y en cuanto a la imposibilidad de revisión de las sanciones impuestas por acto firme y ya ejecutadas del art. 73 de la LJCA, *vid.* la Sentencia del TC 30/2017, de 27 de febrero (que también comentamos en “La inconstitucionalidad de un precepto sancionador permite revisar las sanciones confirmadas por sentencia firme incluso ejecutadas”, *Diario La Ley*, núm. 8986, 2017).

<sup>22</sup> Confluyen en este protagonismo de las sanciones diversos factores. El primero y más relevante es la propia extensión de los poderes de intervención del Estado, pues a las misiones de regalía tradicionales se ha ido añadiendo funciones de lo más diversas dirigidas a la protección de nuevas *razones imperiosas de interés general*, según la terminología del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tales como la seguridad vial, la protección del medio ambiente y de una adecuada planificación urbanística, la protección del consumidor, la prevención de fraudes o de la competencia desleal y la garantía de la libre competencia. Por otro lado, desde la revolución industrial y ahora digital vivimos en una sociedad cada vez más compleja tecnológicamente que, aunque aporta indudables ventajas y comodidades, genera nuevos riesgos, tanto los propios de la tecnología como los que como consecuencia del voraz desarrollo industrial se ciernen sobre los recursos naturales. Se habla así de una “sociedad de riesgo” y frente a ella los ciudadanos reclaman un elevado nivel de seguridad (*Vid.*, por todos, ESTEVE PARDO, J., en su ya clásica obra *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel, Barcelona, 1999). Los poderes públicos reaccionan a esta situación adoptando medidas de prevención entre las que se otorga una quizás excesiva importancia a las basadas en la represión.

tal proceder puede tener en las libertades de los ciudadanos. Una noticia en la prensa ilustra muy bien lo que digo; tras dos ciberataques masivos y a escala global que secuestraron a cientos de miles de ordenadores, el titular que apareció en la prensa sobre la respuesta del Gobierno decía así: “las grandes empresas que oculten un ciberataque podrán ser sancionadas” (El País de 16 de agosto de 2017).

Estamos ante un fenómeno de decidida apuesta del Legislador por los instrumentos represivos. Ocurre, por ello, que si bien en algunos ámbitos se han creado ilícitos administrativos para aligerar al Código Penal de conductas que pueden reprimirse mejor por la Administración<sup>23</sup>, son muchos más los sectores antes relegados en exclusiva al derecho sancionador administrativo que se han “criminalizado” en los últimos años, dando lugar a una dualidad punitiva de los mismos hechos y con la misma finalidad preventiva, ajena, en principio, a los postulados clásicos del derecho penal<sup>24</sup>.

Como consecuencia de esta política punitiva se multiplican los delitos e infracciones de peligro abstracto, en los que la peligrosidad de la conducta se presume y basta con probar la realización del comportamiento típico; se trata de una forma de tipificar muy cuestionable desde los postulados del principio de culpabilidad pues, como pone de relieve con su proverbial agudeza Alejandro NIETO, “cuando se prescinde de la lesión y se tipifica la infracción como una desobediencia que la norma califica, sin más, de peligrosa (peligro abstracto), el ordenamiento jurídico, con el pretexto de prevenir, lo que hace es considerar como infractor al ciudadano más cuidadoso”<sup>25</sup>.

Nadie duda de que el sistema represivo ejerce una función de prevención general mediante su efecto disuasivo<sup>26</sup>. Esta función resulta especialmente importante

---

<sup>23</sup> Así se ha hecho, p.ej., con numerosas faltas al suprimir la Ley Orgánica 1/2015 esta categoría, lo que produjo que en especial bastantes conductas contrarias al orden público pasaron a tipificarse como sanciones administrativas en la Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana.

<sup>24</sup> Sobre los problemas que plantea esta política punitiva y, en particular, la tipificación de “delitos administrativos” mediante la técnica de las normas penales en blanco, véase nuestro estudio “La potestad sancionadora de la Administración y su adecuada armonización con los delitos administrativos. Una cuestión pendiente”, en J. M. BAÑO LEÓN (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, Tomo III, pp. 2837 y ss.

<sup>25</sup> *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, p. 352.

<sup>26</sup> En las ciencias de la observación de la conducta humana se considera que la evidencia experimental sobre que el castigo promueve la cooperación y el civismo es “demoledora”, en cuanto se ha probado que hay un porcentaje elevado de personas de las que no puede esperarse un comportamiento ajustado a las normas en ausencia de sanciones. Vid. TOBEÑA, A., *Neurología de la maldad*, Plataforma, Barcelona, 2017. Según se reitera en esta obra, que recoge los resultados de diversos experimentos psiquiátricos y neurológicos, “la bolsa de individuos de los que puede esperarse, en cualquier circunstancia y sin sanciones,

en determinados sectores jurídicos, como aquellos en los que intervención administrativa persigue la defensa de bienes comunes que, en ausencia de regulación, los individuos tenderían a sobreexplotar o a dañar para maximizar su propio beneficio (como es el caso del urbanismo y de la protección del medio ambiente), o en los que, por razones diversas, existe escasa conciencia social sobre la justicia del cumplimiento normativo.

Ahora bien, ello no justifica que el ordenamiento jurídico tipifique como delitos o como infracciones administrativas un sinnúmero de conductas al margen, incluso, de su efecto lesivo, empleándose la potestad punitiva como un instrumento puramente preventivo con el que se pretende suplir la falta de un régimen público adecuado de ordenación y control<sup>27</sup>.

El crecimiento espectacular de la potestad sancionadora de la Administración ha llevado además parejo un progresivo endurecimiento de las sanciones económicas aplicables. Son muchos los sectores en los que las multas máximas se fijan en varios millones de euros. Un poder represivo tan potente se explica por el principio de responsabilidad directa de la personalidad jurídica que ha regido siempre en el ámbito administrativo sancionador y que lleva al Legislador a fijar las multas pensando en las grandes corporaciones, pretendiendo que su cuantía supere los beneficios obtenidos por la empresa como consecuencia del ilícito para que no resulten integrables en sus costes de producción<sup>28</sup>.

---

una conducta prosocial intachable y ajustada a las normas no supera el 30% de la ciudadanía, en el mejor de los casos. Esa es la única reserva segura de ciudadanos cumplidores y honestos. La gran mayoría restante, una vez descontado el 5% corrosivo y potencialmente dañino (en toda circunstancia), puede apuntarse con mayor o menor frecuencia a las prácticas corruptas más habituales en cada cultura particular en función de la permisividad y las oportunidades al alcance de la mano” (p. 96)”.

<sup>27</sup> Un caso extremo de actualidad lo tenemos en la tentación de solucionar los problemas que generan los nuevos sectores de la economía colaborativa en red mediante el cómodo expediente de no regular sino directamente prohibir y sancionar con cuantiosas multas determinadas actividades de los particulares (como han hecho en mayor o menor medida varias Comunidades Autónomas con el alquiler de viviendas para uso turístico). Se trata de sectores ciertamente convulsos y difíciles de regular y de supervisar, pero ello no resulta suficiente para justificar la nefasta opción por el “sanciono y mando”.

<sup>28</sup> No es raro, por ello, la tipificación de sanciones de cuantía indeterminada *ab initio*, bien porque su cuantía es susceptible de ser incrementada en función de los beneficios obtenidos por la comisión de la infracción (*vid.*, p.ej., el art. 31.2 de la Ley 26/2012, de prevención y control integrados de la contaminación), o bien porque las multas se tipifican atendiendo, directamente, al importe de la cifra de negocios de la empresa (*vid.* p.ej., el art. 63 de la Ley 15/2997, de Defensa de la Competencia y el art. 67 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico). Interesa señalar, en este sentido, que en el ámbito penal las multas proporcionales al beneficio obtenido o facilitado por el ilícito se han introducido también para reprimir los delitos que, a partir de la Ley Orgánica 5/2010 por la que se modificó el Código Penal, pueden cometer las personas jurídicas en los supuestos en los que expresamente se prevea (art. 31 bis).



En los últimos diez años se percibe, por otro lado, un cambio muy importante en el ejercicio de la potestad sancionadora, pues la tradicional “tolerancia” y pasividad administrativa para sancionar<sup>29</sup> ha dado paso a un incremento espectacular de los expedientes sancionadores en la generalidad de los ámbitos sometidos a intervención administrativa. Este fenómeno es consecuencia de la mejora de los medios de inspección y de una mayor conciencia social sobre la necesidad de reprimir las conductas infractoras, pero denota también, en algunos casos, una desviada “finalidad recaudatoria” en el uso de esta potestad (especialmente patente en ámbitos como las multas de tráfico o en las infracciones tributarias).

En esta evolución de las sanciones administrativas la Unión Europea ha sido también un actor importante. En la influencia del Derecho europeo pueden distinguirse dos aspectos diferenciados: las indicaciones normativas sobre las sanciones que deben imponer los Estados miembros para la garantía del derecho comunitario, y el propio ejercicio por la Unión de las competencias sancionadoras atribuidas por los Tratados. En cuanto al primer aspecto, es frecuente que en los reglamentos y las directivas se incluya una cláusula final instando a los Estados a establecer sanciones para sus incumplimientos, precisándose que habrán de ser “eficaces, proporcionadas y disuasorias” y, de esta forma, la Unión impulsa la tipificación en todos los Estados miembros de sanciones administrativas en los sectores que regula. Pero además, en algunos ámbitos donde los intereses europeos son más acusados se establecen indicaciones normativas concretas sobre la naturaleza y el contenido de las sanciones que habrán de imponer los Estados<sup>30</sup>.

En cuanto al segundo aspecto, las instituciones europeas ejercen potestad sancionadora en diversas materias<sup>31</sup>, entre las que sin duda destacan las sanciones de

---

<sup>29</sup> En 1989, SUAY RINCÓN, J., señalaba la paradoja que suponía que “mientras por un lado tenemos una Administración dotada de los más aparatosos poderes represivos, por otro lado, por el lado de la realidad, tenemos que la Administración apenas hace uso de tales poderes” (*Sanciones Administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, p. 29).

<sup>30</sup> Destaca, en este sentido, el Reglamento (CE, EURATOM) n° 2988/95, del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, que regula con sumo grado de detalle las medidas sancionadoras que deben imponer los Estados miembros para las irregularidades que afectan a los presupuestos europeos, rigiéndose por el derecho de los Estados miembros el procedimiento para su imposición. Una regulación también muy detallada del tipo de sanciones que deben imponer los Estados es la contenida en el Reglamento (CE) No 612/2009, de la Comisión, de 7 de julio de 2009 por el que se establecen disposiciones comunes de aplicación del régimen de restituciones por exportación de productos agrícolas, en el que se regulan de forma prolija las sanciones pecuniarias que deben imponer en la materia las autoridades estatales (arts. 48 y 49).

<sup>31</sup> Además de las previsiones expresas de los Tratados que atribuyen competencias sancionadoras a la Unión, la jurisprudencia del TJUE reconoce la posibilidad de las instituciones europeas establezcan sanciones en la medida en que resulten “necesarias” u “oportunas” para la regulación de una materia o política. Véase, por ejemplo, la Sentencia de 27 de octubre de 1992 (asunto C-240/90, *Alemania c. Comisión*),

defensa de la competencia. La Comisión ostenta aquí muy importantes poderes de investigación y de sanción, que coexisten y se coordinan con los que las normativas nacionales atribuyen a los Estados miembros. Es posible, incluso, que un mismo hecho sea objeto de una doble sanción europea y nacional, sin perjuicio de que se deba tener en cuenta cualquier sanción anterior para modular la cuantía de la que se pretenda imponer<sup>32</sup>. De esta forma, el sistema sancionador europeo en materia de defensa de la competencia necesariamente conforma el de los Estados miembros, que replican muchas de sus características, fuertemente inspiradas a su vez en el sistema estadounidense. Se introducen así por esta vía instituciones y principios que eran hasta entonces ajenos al derecho sancionador español; algunos ejemplos son las instituciones de la delación y del programa de clemencia, la importancia de las pruebas indiciarias o la cuantía desorbitada que pueden alcanzar las multas en cuanto dirigidas a lograr un efecto disuasorio general (hasta el punto de que por su gravedad el TEDH ha resuelto que revisten naturaleza penal a efectos de la aplicación de las garantías del Convenio de Roma<sup>33</sup>). El desarrollo espectacular de esta potestad sancionadora administrativa, inspirada en un sistema de corte anglosajón y que se aplica con frecuencia pensando más en la eficacia que en el respeto de las garantías de las empresas inculpadas, ha dado lugar a una enorme litigiosidad, tanto en el Derecho Europeo como en el nuestro<sup>34</sup>.

Muchas son, por tanto, las razones que explican el enorme desarrollo de la potestad sancionadora de la Administración en España. De forma consecuente, el derecho sancionador ha pasado a convertirse en un sector clave para todo abogado

---

en relación a la Política Agrícola Común. Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X., “Unión Europea y Derecho Sancionador”, en LOZANO CUTANDA, B. (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010.

<sup>32</sup> A juicio del TJUE, ello no vulnera el principio *non bis in idem* porque la normativa de la competencia del TFUE considera las prácticas restrictivas de la competencia desde el punto de vista de los obstáculos que pueden derivarse para el comercio intercomunitario, mientras que las legislaciones internas de competencia analizan las conductas únicamente desde la perspectiva de sus efectos en el mercado nacional. Vid. Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 1969, caso *Walt Wilhelm y otros c. Bundeskartellamt* (C-14/68). Interesa señalar que esta regla sobre la posible concurrencia de una sanción europea y una nacional por los mismos hechos la recoge ahora en nuestro Derecho el art. 31.2 de la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público.

<sup>33</sup> Vid., Sentencia del TJUE de 27 de septiembre de 2011, asunto *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia* (demanda n.º 4509/08).

<sup>34</sup> En España es muy larga la lista de multas millonarias impuestas por la CNMC que han sido anuladas por la Audiencia Nacional por defectos formales, y el propio sistema aplicado para el cálculo de las multas ha sido corregido por el Tribunal Supremo (Sentencia de 29 de enero de 2015 (rec. 2872/2015), por entender que, si bien la interpretación que hacía la CNMC era la que se utiliza en el ámbito del Derecho europeo, no resulta compatible con el principio de *lex certa* y de reserva legal respecto de las sanciones que resulta del art. 25 de la Constitución.

iuspublicista y la doctrina, en especial la administrativa, le ha dedicado una atención preferente<sup>35</sup>.

#### IV. SITUACIÓN ACTUAL: LUCES Y SOMBRAS DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA POR LAS LEYES DE 2015

Sobre la situación hasta ahora descrita han incidido las Leyes 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que, desde su entrada en vigor, el 1 de octubre de 2016, sustituyen a la Ley 30/1992. Quizás lo más reprochable al Legislador en relación con la potestad sancionadora es que se haya descartado, una vez más, la aprobación de una ley general más completa, que hoy habría de incluir también las reglas y los principios generales de la potestad inspectora.

Ahora bien, por lo que respecta a la regulación que contienen estas leyes de las sanciones administrativas, la situación no es tan calamitosa como se ha pretendido por algunos autores. Esta regulación se distribuye entre las dos normas siguiendo la sistemática general adoptada por el Legislador, de tal forma que la materia procedimental se regula por la LPAC y la sustantiva por la LRJP. La adopción de esta sistemática, y en general todos sus preceptos en la materia, han sido objeto de una durísima crítica doctrinal cuya virulencia consideramos excesiva. Así, al poner el acento en la disgregación que conlleva dividir la regulación en dos leyes, los autores pasan por alto la valiosa aportación que supone introducir la regulación del procedimiento administrativo sancionador, con sus especialidades, en el procedimiento administrativo común dictado al amparo del art. 149.1.18 CE. Se colma así finalmente

<sup>35</sup> Junto a innumerables artículos de doctrina y jurisprudencia, entre las obras monográficas de carácter general publicadas durante la vigencia de la Ley 30/1992 podemos destacar, además de las ya citadas: GONZÁLEZ RIVAS, J. J., *Las sanciones administrativas en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1994; TRAYTER, J. M., *Manual de derecho disciplinario de los funcionarios*, Marcial Pons, Madrid, 1992; TRAYTER, J. M. y AGUADO I CUDOLÁ, V., *Derecho Administrativo sancionador. Materiales*, Cedecs, Barcelona, 1995; GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *El procedimiento administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, 1994 (con ediciones posteriores); GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., *Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*, Comares, Granada, 2007 (2ª ed. de 2004); HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007; GÓMEZ-TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General: teoría general y práctica del derecho pena administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009 (con ediciones posteriores); ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, *Manual del Derecho Administrativo sancionador*, 2 vols., Aranzadi, Madrid, 2009 (con ediciones posteriores); REBOLLO PUIG, M. (et al.), *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010; LOZANO CUTANDA, B. (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, cit. Entre los artículos doctrinales publicados tras la entrada en vigor de las leyes de 2015 cabe destacar, entre otros, CANO CAMPOS, T., "El autismo del legislador. La "nueva" regulación de la potestad sancionadora de la Administración", en *Revista de Administración Pública*, núm. 201 (2016), pp. 25 y ss.

la clamorosa laguna legal provocada por la Ley 30/1992 y, con ello, como señalara en Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el anteproyecto de Ley, se refuerza la reserva legal sobre los derechos sustantivos y procesales derivados de preceptos constitucionales que tienen proyección en el procedimiento administrativo<sup>36</sup>. Este innegable avance se ve en parte ensombrecido por el hecho de que la LPAC siga excluyendo de su regulación procedimental común determinados ámbitos sectoriales o especiales, pues aunque ahora se integra ya en el redil de las garantías procedimentales de todos los ciudadanos el ejercicio de la potestad disciplinaria, se mantiene su carácter supletorio para las infracciones tributarias y del orden social, a las que se añaden, de manera incomprensible, las de tráfico y las de extranjería [disp. adic.primer.a.2.b)].

Lo cierto es que tanto en su regulación procedimental como sustantiva las leyes contienen novedades encomiables desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de las garantías del inculpado. En algunos casos se recogen avances jurisprudenciales anteriores, como el reconocimiento expreso de que la responsabilidad por sanciones lo es únicamente “a título de dolo o culpa” (art. 28.1 LRJSP), y en otros se corrige alguna línea jurisprudencial poco garantista con los derechos del inculpado, como ocurre con la previsión expresa de la prescripción de las sanciones en los casos en los que el recurso contra la resolución sancionadora haya sido desestimado por silencio presunto<sup>37</sup>. También se mejora la garantía del principio acusatorio, al introducirse la previsión (que omitía el Reglamento de 1993), de que, cuando el órgano competente decida llevar a cabo actuaciones complementarias tras su finalización, deberá concederse un plazo de siete días a los interesados para que puedan formular alegaciones (art. 87 LPAC). Las leyes introducen otras muchas mejoras normativas -no por menores menos relevantes-, en la regulación de los principios de la potestad sancionadora<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> En un entendimiento cabal de la doctrina constitucional anteriormente citada, la LPAC dispone que “solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley”, norma que bastará con que sea reglamentaria cuando se trate de especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar.

<sup>37</sup> Dice así el art. 30.3 de la LRJSP que “en el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso”, lo que corrige la imprescriptibilidad que había sancionado para estos casos el Tribunal Supremo: STS de 22 de septiembre de 2008, rec. en interés de ley n.º 69/2005.

<sup>38</sup> Como son, entre otras: regular con un amplio alcance la retroactividad in bonus (art. 26.2 LRJSP); reintroducir la tradicional clasificación tripartita de las infracciones (art. 27.1 LRJSP); mejorar la regulación de la determinación y el cobro, vía ejecutiva en su caso, de las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por la infracción (art. 28.2 LRJSP); precisar que para que exista reincidencia es necesari-

Sorprende, en especial, constatar que, en contra de lo que se ha dicho sobre la presunta “incomunicación” del Legislador con la doctrina, en la regulación de las sanciones se incorporan un buen número de las reformas postuladas en 2003 por el Grupo de Expertos para el Estudio de las Principales Líneas de Reforma de las Administraciones Públicas<sup>39</sup>. En concreto, se incluyen bastantes de las propuestas realizadas en relación a la potestad sancionadora por M. REBOLLO PUIG: en cuanto a la prescripción, se aclara que rige la reserva de ley a su regulación, se la regula de forma supletoria -en defecto de “lo dispuesto en las leyes”- y se introducen reglas sobre el inicio del cómputo del plazo -incluido el de las infracciones continuadas o permanentes- y sobre su interrupción (art. 30); se avanza en la efectividad de la individualización de las sanciones cuando el cumplimiento de una obligación corresponda a varias personas conjuntamente, siempre que la sanción sea pecuniaria y ello resulte posible (art. 28.3 LRJSP); se admite la responsabilidad de uniones sin responsabilidad jurídica, como las comunidades de bienes; y, en cuanto al procedimiento, además de dar más contenido a la ley básica, se facilita la agilización de los procedimientos, introduciendo a estos efectos la posibilidad tanto de que se concentre la acusación formal en el acto de iniciación cuando no se efectúen alegaciones a la misma y contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada [art. 64.2f)], como de que pueda resolverse la finalización del procedimiento, sin necesidad de propuesta de resolución, cuando concurren determinadas circunstancias que la ley precisa (art. 89.1 LPAC). Además, también en línea con estas propuestas, las leyes mejoran la regulación de problemas que son, en realidad, comunes a todos los procedimientos, tales como los medios de prueba, con remisión a los criterios establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 77); las medidas provisionales, con una configuración más amplia que las admite incluso antes de iniciarse el procedimiento, sin necesidad de su específica tipificación legal pero solo en casos de urgencia inaplazable y en cuanto resulten necesarias y proporcionadas (art. 56); o la previsión de la posibilidad de acumulación de procedimientos que guarden identidad sustancial o íntima conexión (art. 59).

Pero, sobre todo, incorporando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, la LPAC refuerza el control jurisdiccional de la potestad sancionadora al consagrar por fin, en toda su plenitud, el carácter suspensivo del recurso

---

rio que la infracción anterior “haya sido declarada por resolución firme en vía administrativa”; incluir el “grado de culpabilidad” como criterio para graduar la infracción y distinguir entre la “reiteración” (que se sustituye por “continuidad y persistencia en la conducta infractora”) y la “reincidencia” (art. 29.3 LRJSP); o recoger la doctrina del TJUE sobre la concurrencia de sanciones de la Unión Europea y del derecho nacional por una misma conducta (art. 31.2 LJSP).

<sup>39</sup> Las ponencias de este Grupo de Expertos, constituido por Orden APU/1014/2003 y coordinado por el profesor SAINZ MORENO, A., se han publicado como *Estudios para la reforma de la Administración Española*, INAP, Madrid, 2004.

hasta en tanto los tribunales no se pronuncien sobre la procedencia o no de adoptar una medida cautelar. Así, si la Ley 30/1992 disponía que la resolución sancionadora solo sería ejecutiva cuando pusiera “fin a la vía administrativa”, ahora no solo se aclara que la interposición de cualquier recurso ordinario (alzada o reposición) suspende la ejecutividad (art. 90), sino que se extiende esta suspensión cautelar hasta su conocimiento por los tribunales cuando el interesado manifieste a la Administración su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución firme en vía administrativa.

Y es aquí, en relación al control jurisdiccional, donde avanzamos una propuesta de mejora, que excede de la legislación de la LPAC por cuanto se trataría de modificar la ley jurisdiccional para reconocer en ella la doble vía de recurso contencioso-administrativo frente a las resoluciones en materia de sanciones que revistan especial gravedad. Como es sabido, la reforma del recurso de casación por la Ley Orgánica 7/2015 ha introducido un sistema de admisión que suprime los anteriores criterios objetivos, como el de la cuantía del recurso, para centrarse únicamente en la existencia de “interés casacional objetivo”, atendiendo para ello a las circunstancias concurrentes, incluyendo en ese sentido el art. 88 una lista de aquellas en las que se puede apreciar o se presume que concurre tal interés casacional. Con este nuevo sistema se podrá avanzar ciertamente en la creación de doctrina jurisprudencial pero, al no haber ido precedido de la creación de una doble instancia previa, se menoscaba, a mi juicio, el derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito contencioso administrativo<sup>40</sup>, de tal forma que, por muy grave que sea la injusticia material que resulte de la primera Sentencia, su revisión puede quedar vedada en muchos casos de no apreciarse la concurrencia de ese lábil interés casacional. Según los datos que se manejan, durante los últimos doce meses las admisiones de recursos en el nuevo procedimiento casacional no superan un 20%. Con esta cifra, y teniendo en cuenta el recurso de apelación ante los Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas, no más de un 15% de las sentencias dictadas en primera instancia son objeto de revisión por un tribunal superior<sup>41</sup>.

Pues bien, si la introducción de la doble instancia en todos los procesos contencioso-administrativos, al menos para que un Tribunal revise la corrección del

---

<sup>40</sup> Así lo puse de manifiesto, nada más entrar en vigor la reforma, en “La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley Orgánica 7/2015: análisis de sus novedades”, *Diario La Ley*, nº 8599, 7 de septiembre de 2015.

<sup>41</sup> De modo reciente, PAREJO ALFONSO, L., ha criticado también en este punto la reforma del recurso de casación, señalando que hubiera sido preferible “la remodelación del sistema sobre la base de la doble instancia (la universalidad de la apelación), en su caso en los términos del sistema alemán (apelación universal, pero restringida)”, en “Algunas reflexiones sobre la novedad del recurso de casación en el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo”, en *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 100 (2018), pp. 339 y ss.

juicio realizado por el Tribunal inferior, sería muy conveniente para mejorar nuestro sistema de Justicia, en el caso de las sentencias confirmatorias de resoluciones sancionadoras graves se trata de una exigencia constitucional derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24, en la interpretación de este precepto a la luz de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Procede recordar, en este sentido, que la segunda instancia penal es un derecho reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966, que España ratificó en 1977, y en el Protocolo número 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que España ratificó en 2009, en el que se reconoce “el derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior”. El Tribunal Constitucional español ha reconocido, de acuerdo con estos instrumentos internacionales, que el derecho a un proceso penal con todas las garantías del art. 24.2 CE incluye el “derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia”, conforme a la interpretación realizada por el TEDH en relación con los arts. 6.1 del CEDH y art. 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (SSTC 110/2007, 48/2008 y 44/2009, entre otras).

Pues bien, este derecho del art. 24.2 de la CE debe hacerse extensivo también a las sanciones administrativas más graves o afflictivas, como consecuencia de la necesaria interpretación de este precepto a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos tal y como lo interpreta el Tribunal de Estrasburgo. Como es sabido, este Tribunal impone un concepto autónomo de “acusación en materia penal” que conlleva la aplicación de las garantías del Convenio de Roma cuando se trate de enjuiciar una sanción que, atendiendo a su naturaleza y gravedad, pueda reputarse como una “pena” a efectos del Convenio. A estas sanciones les resulta también de aplicación, por tanto, la garantía de doble instancia reconocida por el art. 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio de Roma. Así parece reconocerlo implícitamente el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 44/79, en la que niega el derecho a la doble instancia en relación con la anulación de Acuerdos de las Juntas Electorales de proclamación de candidaturas a las elecciones al Parlamento Vasco porque, “dada su naturaleza contencioso-electoral y no sancionatoria, ninguna relevancia tiene la aducida vulneración del derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sea sometido a la revisión de un Tribunal superior (art. 24.2 CE en relación con el art. 14.5 del pacto internacional de derechos civiles y políticos)”

Es cierto que el art. 2.2 del Protocolo permite excluir de esta garantía a “las infracciones de menor gravedad según las defina la ley”, pero ninguna ley puede justificar, sin incurrir en arbitrariedad y vulnerar el art. 24.2 CE, la exclusión en

bloque del derecho a la segunda instancia para todas las penalidades administrativas, cuando muchas de ellas coinciden con las susceptibles de ser impuestas en sede penal o revisten, por la cuantía de la multa o la aflictividad de la sanción, una gravedad igual o incluso superior a las condenas penales.

Interesa en este punto señalar que en la nueva regulación del recurso de casación contencioso-administrativo existen dos “presunciones de concurrencia de interés casacional objetivo” que suponen una garantía, si bien claramente insuficiente, de este derecho a la revisión del juicio en segunda instancia en materia de sanciones administrativas: la presunción de que tal interés casacional concurre cuando la sentencia objeto de recurso “resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional” (como es sabido, estos organismos reguladores y, en especial la CNMC, imponen multas de enorme cuantía), y en segundo lugar, la posibilidad de que el Tribunal aprecie tal interés cuando “haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales”, en el que pueden dilucidarse algunas de las infracciones más groseras de los derechos y garantías constitucionales aplicables a la potestad sancionadora de la Administración. Tales presunciones deberían, sin embargo, operar por razón de la materia y aplicarse a todas aquellas sanciones administrativas graves, ya sea por la cuantía de las multas o ya sea por suponer una severa limitación o rescisión de derechos.

Volviendo a la regulación de las sanciones administrativas en las leyes de 2015, es cierto que no se adoptan todas las propuestas de mejora que hizo la doctrina (y, en concreto, el citado Grupo de Expertos) y, sobre todo, que se dejan sin regular varios aspectos de la potestad sancionadora que suscitan importantes dudas a los autores y a la jurisprudencia. Así ocurre a mi juicio, en especial, con la vertiente procedimental del principio *non bis in idem*, principio que únicamente cuenta con un reconocimiento sustantivo general en el art. 25.1 de la LRJSP, sin que se hayan incorporado las consecuencias en el procedimiento administrativo de la incoación de un proceso penal por un ilícito en el que se cumpla la triple identidad -sujeto, hecho y fundamento- en la sustanciación del procedimiento<sup>42</sup>, ni su posible excepción cuando haya una relación de supremacía especial.

---

<sup>42</sup> Y ello a pesar de que el Tribunal Constitucional reconoció tempranamente y ha reiterado muchas veces que este principio conlleva “la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal” (S. 77/1983 y, en el mismo sentido, entre otras, SS. 2/2003 y 334/2005), y a pesar también de que esta articulación del procedimiento sancionador con el penal contaba ya con una regulación normativa en el art. 7 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de 1993.



Este imprescindible reconocimiento -que debería incluirse de *lege ferenda* en las causas de suspensión obligada del plazo máximo para resolver del art. 22.2 de la LPAC- debía haber sido acompañado además por la precisión legal sobre la solución aplicable en aquellos casos en los que la Administración no paralice el expediente sancionador y proceda a imponer una sanción administrativa aun concurriendo las notas de gravedad propias del injusto penal. El Tribunal Constitucional ha declarado, no sin titubeos, que la reiteración sancionadora está proscrita en aquellos procedimientos sancionadores que, en atención a su grado de complejidad y la sanción que sea posible imponer en él, su “naturaleza y magnitud” puedan equipararse a un proceso penal, y que en los casos expuestos para evitarla basta con que “aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que, desde la estricta dimensión material, el descontar dichos efecto provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada” (SSTC 2/2003 y 334/2005).

Quedan asimismo huérfanos de regulación por la legislación básica estatal otros aspectos de la potestad sancionadora como son, sin ánimo exhaustivo: la responsabilidad de los distintos partícipes en la comisión de las infracciones; los preceptos aplicables para la resolución de los concursos reales e ideales de infracciones administrativas –aunque si se regula ahora el concurso medial de infracciones: art. 29.5 LRJSP-; las reglas de exención y de extinción de la responsabilidad (en especial, las consecuencias de la disolución de las personas jurídicas); la regulación, a modo de marco general, del posible contenido y extensión de las sanciones administrativas que evite las divergencias irrazonables en la respuesta punitiva a ilícitos semejantes; o las reglas generales sobre las Administraciones y entes públicos que pueden ostentar potestad sancionadora (aspecto este último que las leyes no solo no regulan sino que confunden aún más, al reconocer la posibilidad de que “excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas” a las sociedades mercantiles estatales, sin precisar que tales potestades, como parece razonable, nunca podrán referirse al ejercicio del *ius puniendi*). Es preciso reconocer, no obstante, que la regulación de muchos de estos aspectos hubiera excedido de lo que es propio de dos leyes básicas generales reguladores del régimen y procedimiento de las Administraciones Públicas.

Entretanto, los tribunales seguirán cumpliendo con su ímproba labor de ir aclarando lo que la ley no precisa, labor que se verá ahora facilitada por la configuración del recurso de casación como una vía para la creación de doctrina jurisprudencial (que debería operar de forma más reforzada en materia sancionadora, según lo expuesto). Sirvan como ejemplo dos cuestiones conexas y muy debatidas sobre las que

la LPAC omite pronunciarse y que tienen gran trascendencia práctica: ¿está la Administración obligada a ejercitar la potestad sancionadora cuando detecta una infracción?; y ¿se aplica a las sanciones administrativas la revocabilidad general de los actos de gravamen ex. artículo 105 LPAC?<sup>43</sup>.

Pero más urgente que una ley general sobre las sanciones administrativas resulta en estos momentos la aprobación de una ley básica estatal sobre la potestad inspectora, que está alcanzando un desarrollo preocupante en ausencia de una regulación básica mínima de sus principios y garantías. La inspección ha cobrado una importancia capital en la actividad de la Administración como consecuencia de la confluencia de varios factores, entre los que cabe destacar como más reciente la extensión de las técnicas de control a posteriori de las actividades impulsada por la Directiva de Servicios, en las que la supervisión o control administrativo se posterga a un momento posterior al inicio de la actividad y se lleva a cabo fundamentalmente mediante la actividad inspectora. Pues bien, las nuevas leyes (que tratan muy someramente, dicho sea incidentalmente, estas formas de control previo), olvidan por completo dotar de una legislación general a la actividad administrativa de inspección que sí contienen, en cambio, algunas normas autonómicas (como la Ley 26/2010, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña), y especiales (señaladamente, la legislación de prevención y control integrados de la contaminación, en transposición de la regulación europea sobre las inspecciones ambientales en este ámbito). En materia de inspección, además, la nueva regulación básica estatal no solo no ha aportado principios y garantías, sino que ha venido a menoscabar alguno de los existentes; en concreto, la LPAC ha suprimido la reserva de ley que contenía la Ley 30/1992 para imponer a los ciudadanos deberes de colaboración y, ahora, su art. 18 establece una obligación tan amplia de facilitar “informes, inspecciones y otros actos de investigación” que resulta difícilmente compatible con

---

<sup>43</sup> El problema, en ambos casos es el mismo, pues se trata de determinar si la potestad sancionadora es o no de ejercicio discrecional por la Administración. Muchos de los autores que nos hemos dedicado al derecho sancionador hemos escrito, ya sea favor o en contra, sobre esta cuestión, pero parece que la solución que se impone viene, una vez más, de los tribunales y por asimilación de la solución del proceso penal: como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de septiembre de 2015 (rec. n.º 725/2013) “una cosa es que en la imposición de sanciones opere el principio de legalidad” y otra que no pueda preverse, como lo hace la Ley de Defensa de la Competencia, que la terminación del procedimiento “pueda basarse en consideraciones de oportunidad, con la posibilidad de control último por los tribunales”. El Legislador puede así reconocer una cierta discrecionalidad con la introducción de criterios de oportunidad, susceptibles de operar incluso sobre la incoación del procedimiento, pero habrán de ser criterios establecidos por una norma con rango de ley y atendiendo a las especiales circunstancias que así lo justifiquen de tal forma que, como explica REBOLLO PUIG, M., se introduzca “en la dosis adecuada para lograr los resultados positivos buscados con el menor daño posible para la justicia, la seguridad jurídica y, más en concreto, para el principio de tipicidad” (“Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora”, en J. GUILLÉN CARAMÉS, y M. CUERDO MIR (dirs.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, Thomson-Reuters, Madrid, 2015, pp. 407 y ss.).

las garantías de defensa del art. 24 CE en todos aquellos casos en que la actividad de inspección es el presupuesto del ejercicio de la potestad sancionadora.

La conclusión de esta apretada síntesis de la evolución de las sanciones administrativas en España es que se, si bien tras la aprobación de la Constitución la ley 30/1992 y las actuales leyes de 2015 han incorporado los principios y las garantías mínimos necesarios para cohonestar la potestad sancionadora con los principios de un Estado de Derecho, dichos avances se han llevado a cabo a remolque de las soluciones arbitradas por la jurisprudencia y resultan todavía insuficientes para embridar esta exorbitante potestad en creciente expansión, apoyada hoy además en unas irrestrictas facultades inspectoras: la aprobación de una ley general de carácter básico sobre la potestad de inspección y de sanción de la Administración sigue siendo, por tanto, una asignatura pendiente.



# Reforma y simplificación de la denominada erróneamente “prescripción de enfermería”

*Juan Francisco Pérez Gálvez*<sup>1</sup>

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Almería

SUMARIO: I. LOS PROFESIONALES DE LA SALUD PRESCRIBEN E INDICAN, USAN, AUTORIZAN Y DISPENSAN MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS DE USO HUMANO. 1. Dimensión jurídica y social de los medicamentos y productos sanitarios. 2. Prescripción e indicación son conceptos distintos y tienen una naturaleza jurídica diferenciada. A. Concepto y figuras afines. 2. Naturaleza jurídica. 3. Grupo normativo regulador. II. RÉGIMEN JURÍDICO: REAL DECRETO 954/2015, DE 23 DE OCTUBRE, QUE REGULA LA INDICACIÓN, USO Y AUTORIZACIÓN DE DISPENSACIÓN DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS DE USO HUMANO POR PARTE DE LOS ENFERMEROS. 1. Orden de dispensación. 2. Finalidad del Real Decreto 954/2015, de 23 de febrero. 3. Los enfermeros deberán ser titulares de la correspondiente acreditación. 4. La acreditación inicialmente diseñada. A. Régimen general. B. Régimen transitorio. a) Supuestos. b) Oferta formativa. c). Condición necesaria, pero no suficiente, para los enfermeros acreditados. d). Procedimiento formalizado de acreditación. e). Particularidades y régimen diferenciado. 5. Condiciones especiales de los medicamentos sujetos a prescripción médica. III. REFORMA Y SIMPLIFICACIÓN: REAL DECRETO 1302/2018, DE 22 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 954/2015, DE 23 DE OCTUBRE. 1. La premisa fundamental del régimen jurídico de la indicación, uso, autorización y dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano, y de la posterior reforma, es la misma, pero llegan a soluciones diferentes. 2. El personal de enfermería, generalista o especialista, deberá ser titular de la correspondiente acreditación emitida por los órganos competentes de la comunidad autónoma respectiva. A. Régimen

---

<sup>1</sup> Este estudio ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación DER2016-76053R: «La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud: reformas, estrategias y propuestas», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Recibido: 28/10/2018.

Aceptado: 9/11/2018.

jurídico de la acreditación: novedades. B. Régimen jurídico de la emisión: novedades. La STC 76/2018, de 5 de julio. 3. Indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos de uso humano sujetos a prescripción médica. 4. Vigencia de los protocolos y guías de práctica clínica existentes a la entrada en vigor del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, y periodo de validación establecido en el Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre. A. Régimen general. B. Campañas de vacunación. IV. FINAL.

**RESUMEN:** El ámbito de la salud ha experimentado notables cambios en los últimos cuarenta años. Los medicamentos y productos sanitarios no son ajenos a esta realidad, en un contexto donde la prescripción, indicación, uso y autorización de dispensación de los mismos ha supuesto otorgar una nueva dimensión a la participación activa de los distintos profesionales sanitarios que confluyen en la atención integral a los ciudadanos.

Explicar el régimen jurídico diseñado inicialmente y modificado por el Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre es el objeto de este trabajo. La actualidad de la iniciativa y su dimensión jurídica y social demandan un análisis de urgencia que de luz a lo que ha sido un itinerario cargado de dificultades en su aplicación, que ha generado colisión competencial entre la Administración central y autonómica, entre profesionales (facultativos y personal de enfermería) y desasosiego en los usuarios.

**PALABRAS CLAVE:** Prescripción, indicación, uso, autorización, dispensación, medicamentos, productos sanitarios.

**ABSTRACT:** The field of health has undergone notable changes in the last forty years. Medicines and health products are no strangers to this reality, in a context where the prescription, indication, use and authorisation of dispensing them has meant giving a new dimension to the active participation of the different health professionals who come together in the comprehensive care of citizens.

Explaining the legal system initially designed and modified by Royal Decree 1302/2018 of 22 October is the object of this work. The topicality of the initiative and its legal and social dimension demand an analysis of urgency that gives light to what has been a route full of difficulties in its application, which has generated collision between the central and autonomous administration, between professionals (doctors and nurses) and restlessness in the users.

**KEY WORDS:** Prescription, indication, use, authorisation, dispensation, medicines, health products.

## I. LOS PROFESIONALES DE LA SALUD PRESCRIBEN E INDICAN, USAN, AUTORIZAN Y DISPENSAN MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS DE USO HUMANO

### 1. Dimensión jurídica y social de los medicamentos y productos sanitarios

Los medicamentos y productos sanitarios tienen una notable dimensión social como elementos imprescindibles del tratamiento y de la seguridad de los pacientes<sup>2</sup>. Y por tanto, son objeto de regulación por parte de los poderes públicos. Así lo establece la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio (en adelante: LGURM), art. 2, al establecer una larga y acertada relación de conceptos<sup>3</sup>.

Y todo ello en un contexto donde el ciudadano es soberano y ejerce la opción de autodiagnóstico y autocuidado con una versatilidad prodigiosa. Es decir, más allá de los medicamentos sujetos a prescripción médica existe una constelación de medicamentos sin receta (publicitarios, elaborados a base de plantas medicinales, homeopáticos), productos sanitarios, complementos alimenticios, cosméticos, productos para el cuidado personal, alimentos funcionales, etc<sup>4</sup>. O incluso medicamentos que pueden adquirirse a través de la red<sup>5</sup>. A los que hay que sumar los “productos frontera”, que pueden ser calificados de una u otra manera.

Esta situación es relevante socialmente, por el nuevo perfil de ciudadano demandante de salud, y en unas condiciones distintas a las que hemos conocido anteriormente. Las características de las personas que reciben atención sanitaria ha sufrido una profunda modificación en los últimos veinte años<sup>6</sup>. Las tendencias que

---

<sup>2</sup> Vide PÉREZ GÁLVEZ, J.F. (dir.), *La seguridad del paciente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 23-484, donde se abordan diversas perspectivas de un tema candente en la conciencia colectiva.

<sup>3</sup> Vide Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio (en adelante: LGURM), art. 2: «Artículo 2. Definiciones. A los efectos de esta ley se entenderá por: a) «Medicamento de uso humano»: [...]. c) «Principio activo» o «sustancia activa»: [...]. d) «Excipiente»: [...]. e) «Materia prima»: [...]. f) «Forma galénica» o «forma farmacéutica»: [...]. g) «Medicamento genérico»: [...]. h) «Producto intermedio»: [...]. i) «Fórmula magistral»: [...]. j) «Preparado oficial»: [...]. k) «Medicamento en investigación»: [...]. l) «Producto sanitario»: [...]. m) «Producto de cuidado personal»: [...]. n) «Producto cosmético»: [...]. o) «Medicamento falsificado»: [...].».

<sup>4</sup> Vide VIDA FERNÁNDEZ, J., *Concepto y régimen jurídico de los medicamentos*, Tirant, Valencia 2015, Anexo.

<sup>5</sup> Vide Real Decreto 870/2013, de 8 de noviembre, por el que se regula la venta a distancia al público, a través de sitios web, de medicamentos de uso humano no sujetos a prescripción médica

<sup>6</sup> Vide PÉREZ GÁLVEZ, J.F., “La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”, en J. F. PÉREZ GÁLVEZ (dir.), *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015, pp. 91-93.

ya han mutado, y que se acentuarán son, previsiblemente, entre otras, las siguientes<sup>7</sup>: - Personas con mayor formación y conocimiento previo, adquirido a través de posibilidades o herramientas múltiples. Entre ellas destaca la red; - Demandantes ante el profesional de más y mejor información. Es decir, demandantes activos, críticos con las respuestas obtenidas; - Abiertos a recibir explicaciones, indicaciones, consejos y prescripciones, siempre que les sean fundamentadas y explicadas; - Otorgamiento de mayor relevancia a: accesibilidad (inmediatez de la atención, minimización de barreras de tiempo, espacio, barreras burocráticas y económicas); calidad de los cuidados, no sólo científico-técnicos, sino también calidad subjetiva percibida.

El régimen jurídico de los medicamentos en la Unión Europea viene determinado por la Directiva 2001/83 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, que constituye el marco común dentro de la Unión Europea. Esta disposición ha sido complementada por el Reglamento Delegado (UE) 1252/2014, de 28 de mayo, desarrollado por el Reglamento Delegado (UE) 357/2014, de 3 de abril y por el Reglamento de ejecución (UE) 520/2012, de 19 de junio, y nuevamente complementada por el Reglamento Delegado 2016/161/UE, de 2 de octubre.

El estudio del régimen jurídico de los medicamentos ha sido objeto de abordaje por doctrina cualificada. Sin embargo, deseo incidir en una consideración, que es relevante a los efectos de este estudio. Me estoy refiriendo a la identificación de los medicamentos en virtud de la función que ejercen, a saber: se aplican a seres humanos, se utilizan para diagnosticar o incidir de un modo relevante sobre funciones fisiológicas, y su actividad se ejerce mediante una acción farmacológica, inmunológica o metabólica. Evidentemente, el resultado de aplicar estos criterios propicia un resultado diferente en virtud del país donde se efectúe la clasificación, bien por las características de la población (ej. Naturaleza de la vitamina E, en los países nórdicos), o bien por las limitaciones en el conocimiento de la ciencia y la sensibilidad de sus respectivas autoridades<sup>8</sup>.

No podemos perder de vista que en la clasificación para catalogar una sustancia como medicamento juega un papel esencial el principio de cautela o precaución,

---

<sup>7</sup> Vide RUBIA VILA, FJ. (coordinador), *Libro Blanco sobre el Sistema Sanitario Español*, Academia Europea de Ciencias y Artes, Madrid, 2011, pp. 100-101.

<sup>8</sup> Aunque el proceso debe estar caracterizado por la transparencia, vide LGURM, art. 7: «Las administraciones sanitarias garantizarán la máxima transparencia en los procesos de adopción de sus decisiones en materia de medicamentos y productos sanitarios, sin perjuicio del derecho de la propiedad industrial. La participación en dichos procesos de toma de decisión será incompatible con cualquier clase de intereses personales derivados de la fabricación, comercialización, representación, distribución y venta relacionados con los medicamentos y productos sanitarios».



pues corresponde a las autoridades comunitarias y nacionales velar por la protección de la salud pública. Así lo hace la LGURM, art. 8<sup>9</sup>.

Y donde tal y como señala la LGURM, art. 7.6, el régimen jurídico de los medicamentos ejerce una vis atractiva sobre las demás posibles calificaciones jurídicas. Además, cada categoría de medicamentos [medicamentos de uso humano elaborados industrialmente, medicamentos veterinarios industriales, fórmulas magistrales, preparados oficinales (pueden requerir o no receta médica en función de su composición, deben presentarse y dispensarse bajo principio activo, denominación común internacional o, en su defecto, denominación común o científica, y no pueden comercializarse bajo marca comercial) y medicamentos especiales] queda sometida a un régimen jurídico particular.

El uso de determinados medicamentos requiere la prescripción previa por parte del profesional sanitario habilitado al efecto a través de la receta u orden de dispensación<sup>10</sup>. Las actividades de publicidad y promoción quedan restringidas al personal facultativo cuando se trata de medicamentos que sólo puedan dispensarse

---

<sup>9</sup> Vide Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, art. 8: «Artículo 8. Medicamentos legalmente reconocidos.

1. Sólo serán medicamentos los que se enumeran a continuación:

a) Los medicamentos de uso humano y veterinarios elaborados industrialmente o en cuya fabricación intervenga un proceso industrial.

b) Las fórmulas magistrales.

c) Los preparados oficinales.

d) Los medicamentos especiales previstos en esta ley.

2. Tendrán el tratamiento legal de medicamentos, a efectos de la aplicación de esta ley y de su control general, las sustancias o combinaciones de sustancias autorizadas para su empleo en ensayos clínicos o para investigación en animales.

3. Corresponde a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios resolver sobre la atribución de la condición de medicamento.

4. Los remedios secretos están prohibidos. Serán considerados secretos aquellos productos respecto de los que se desconozca su composición y características.

5. Es obligatorio declarar a la autoridad sanitaria todas las características y propiedades conocidas de los medicamentos.

6. En caso de duda, cuando un producto pueda responder a la definición de medicamento se le aplicará esta ley, incluso si a dicho producto se le pudiera aplicar la definición contemplada en otra norma».

<sup>10</sup> Vide Declaración de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 29 de septiembre de 2015, llamamiento que hace a los Estados Miembros del Consejo de Europa, en relación con la interacción entre industria farmacéutica y profesionales de la salud:

6.1.1. Que incorporen de manera obligatoria a los planes de estudio de los profesionales de salud la capacitación para fomentar la consciencia de la influencia de la promoción farmacéutica y la manera de responder.

6.1.2. Que introduzcan un impuesto obligatorio sobre las actividades de promoción comercial de la industria farmacéutica para financiar un fondo público para la formación continuada independiente de los profesionales de la salud.

previa prescripción con receta, y es libre cuando se trata de medicamentos sin receta que no sean financiados<sup>11</sup>.

En virtud de lo expuesto es evidente que la naturaleza otorgada, conforme al régimen jurídico vigente, tiene notables consecuencias sobre todos los actores (laboratorios, distribuidores, farmacéuticos, profesionales prescriptores, etc.), a la vez que constituye un requisito para poder acceder a la financiación por el sistema nacional de salud.

El régimen jurídico de los productos sanitarios se determina en la Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, modificada por la Directiva 2007/47/CE. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su artículo 40, apartados 5 y 6, atribuye a la Administración General del Estado competencias para la reglamentación, autorización, registro u homologación, según proceda, de los medicamentos de uso humano y veterinario y de los demás productos y artículos sanitarios y de aquellos que, al afectar al ser humano, puedan suponer un riesgo para la salud de las personas; así como para reglamentar y autorizar las actividades de quienes se dedican a la fabricación e importación de los citados productos. A su vez, el artículo 110 de dicha Ley le encomienda valorar la seguridad, eficacia y eficiencia de las tecnologías relevantes para la salud y la asistencia sanitaria.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define tecnología del siguiente modo: «conjunto de conocimientos y medios técnicos aplicados al desarrollo de una actividad; particularmente, industrial», y sanitario como lo relaciona-

---

6.1.3. Que hagan obligatoria la declaración por las compañías farmacéuticas de los pagos realizados a profesionales de salud, y poner estas declaraciones a disposición del público, a la vez que se establezca una autoridad responsable de supervisar esta cuestión.

6.1.4. Que garanticen la transparencia absoluta sobre los intereses de expertos que trabajan con autoridades de salud y asegurar que las personas con un conflicto de intereses sean excluidas de los procedimientos de toma de decisiones sensibles.

6.1.5. Que garanticen que las decisiones relacionadas con la salud, incluidas las decisiones sobre criterios para la definición de enfermedades y los umbrales de tratamiento, se toman sobre la base de consideraciones de salud individual y colectiva y no estén originadas por intereses comerciales.

6.1.6. Que introduzcan normativa estricta que gobierne el movimiento de personas desde una posición en el sector público a otra en el sector privado (y a la inversa) entre las autoridades sanitarias y la industria farmacéutica.

6.1.7. Que incrementen la financiación de las asociaciones de pacientes a partir de los fondos públicos, con el fin de evitar su excesiva dependencia de la financiación privada».

<sup>11</sup> *Vide*: DE LA QUADRA-SALCEDO, T., “La regulación de la publicidad de los medicamentos de uso humano”, en AAVV, *Derecho de la sanidad y los medicamentos: seis estudios*, Ministerio de Sanidad, Madrid, 1999, pp. 15-64; GARCÍA VIDAL, A., *La promoción de medicamentos dirigida a profesionales sanitarios: estudio desde la perspectiva del derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2013; TORRES LÓPEZ, M.A., “La publicidad directa al público de los medicamentos con receta: el justo equilibrio entre los beneficios y riesgos”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 109 (2017), pp. 269-307.

do con la sanidad, que es el «conjunto de servicios administrativos que se refieren a la salud pública».

El concepto de producto sanitario viene establecido en el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, art. 2, que no es necesario reproducir a los efectos de este trabajo. Corresponde a todos los profesionales sanitarios participar en la evaluación y control de los mismos (LGURM, art. 6).

La naturaleza jurídica de medicamentos y productos sanitarios es diferente. Su consecuencia es que afecta a todas las etapas de su vida, incluyendo la dispensación y utilización<sup>12</sup>. En todo caso es necesario destacar que el régimen jurídico de lo que no es medicamento muchas veces viene avalado por mecanismos de soft law, y lo realmente destacable es que sus productos normativos no tienen carácter vinculante<sup>13</sup>. El Tribunal de Justicia de la UE les ha reconocido su valor<sup>14</sup>, pero, nada más. Es decir, no son obligatorios, y son también la consecuencia de la evolución científica y tecnológica que tanto caracteriza a este sector.

El planteamiento de cuestiones prejudiciales y la resolución del TJUE son los elementos decisivos que han permitido resolver las controversias planteadas, y marcan las pautas esenciales para las nuevas disquisiciones. Evidenciando, la falta de armonización de la legislación de medicamentos y productos sanitarios en la Unión Europea y algunas disfunciones legislativas sectoriales nacionales.

---

<sup>12</sup> Vide STC de 15 de diciembre de 2016, F.J. 8.

<sup>13</sup> Vide Declaración de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 29 de septiembre de 2015, llamamiento que hace a los Estados Miembros del Consejo de Europa, en relación con la I+D de nuevos medicamentos:

«6.2.1. Obligar a las compañías farmacéuticas a garantizar la transparencia absoluta sobre los costes reales de la I+D, en particular e relación con la aportación de la investigación pública.

6.2.2. Adoptar una política de autorizaciones de comercialización más estricta, mediante tres medidas:

6.2.2.1. La introducción de criterios como el valor terapéutico añadido (en relación con los tratamientos anteriormente disponibles o una cláusula de necesidad, que implica que un fármaco debe ser evaluado a la luz de su necesidad médica.

6.2.2.2. Obligar a hacer públicos los resultados de todos los ensayos clínicos sobre el medicamento para el que se solicita la autorización.

6.2.2.3. Cuando sea necesario, limitar la financiación por el sistema de salud sólo a los medicamentos que satisfagan estos criterios y requisitos.

6.2.3. Asegurar que los fármacos de eficacia comprobada estén disponibles para quien los necesite, si hace falta mediante licencias obligatorias.

6.2.4. Crear un fondo público para financiar la investigación independiente orientada a las necesidades insatisfechas de salud, incluidos los ámbitos de las enfermedades raras y pediátricas».

<sup>14</sup> Vide STJUE Kreussler/Sunstar, C-308/11, apartado 27.

Lo expondré más adelante, pero ya lo avanzo, si la calificación jurídica de lo que es medicamento, o su sujeción a prescripción o no, es distinta en los países que conforman la Unión Europea, o en terceros Estados, esta situación afectará a la pertinente acreditación de aquellos profesionales que deseen ejercer en nuestro país.

## **2. Prescripción e indicación son conceptos distintos y tienen una naturaleza jurídica diferenciada**

### A. Concepto y figuras afines

La prescripción consiste en la acción de prescribir (disponer), por parte del profesional sanitario, una medicación o tratamiento que debe tomar el paciente. Cuando se hace por escrito, se materializa a través de la receta u orden de dispensación, y también está disponible la opción informatizada o en soporte electrónico<sup>15</sup>.

La receta médica y las órdenes de dispensación son documentos normalizados, y suponen un medio fundamental para la transmisión de información entre los profesionales sanitarios y una garantía para el paciente, que posibilita un correcto cumplimiento terapéutico y la obtención de la eficiencia máxima del tratamiento. Todo ello sin perjuicio de su papel como soporte para la gestión y facturación de la prestación farmacéutica que reciben los usuarios del Sistema Nacional de Salud.

El Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, en su versión vigente, de 24 de diciembre de 2015, establece en el art. 1, la definición de: receta médica, orden de dispensación hospitalaria y orden de dispensación. Y es relevante porque determina las coordenadas jurídicas de estos documentos tan importantes para el buen funcionamiento del sistema.

Debo recordar que ni el RD 1718/2010 regula la indicación, uso y autorización de dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica, ni se fijan los criterios generales para la acreditación de dichos profesionales en las actuaciones previstas en el art. 77.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio. Es decir, aún se desconocen tanto el listado de medicamentos concernidos como las condiciones que enfermeros (y obviamente enfermeras) deberán cumplir para poder indicar y autorizar la dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica.

El RD desarrolla los apartados primero -receta médica y orden de dispensación hospitalaria- y segundo -orden de dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica y productos sanitarios- mas no el tercero -indicación, uso y

---

<sup>15</sup> Vide PÉREZ GÁLVEZ, J.F., “Personal sanitario y salud electrónica: perspectiva y retos pendientes”, en J.F. PÉREZ GÁLVEZ (dir.), *Salud electrónica (Perspectiva y realidad)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 21-69.

autorización de dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica por los enfermeros-.

El régimen jurídico establecido será de aplicación a la actuación de los profesionales sanitarios autorizados, en el ejercicio de sus funciones, en el ámbito de la asistencia sanitaria y atención farmacéutica del Sistema Nacional de Salud<sup>16</sup>, incluidos los Regímenes Especiales de la Mutuality General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) y de la Mutuality General Judicial (MUGEJU), así como de las demás entidades, consultas médicas, establecimientos o servicios sanitarios similares públicos o privados<sup>17</sup>, incluidos los dependientes de la Red Sanitaria Militar del Ministerio de Defensa, así como centros sociosanitarios y penitenciarios, sin perjuicio de las peculiaridades que, en su caso, proceda establecer.

La receta médica u orden de dispensación garantizará que el tratamiento prescrito pueda ser dispensado al paciente en cualquier oficina de farmacia del territorio nacional. Además de la receta, el prescriptor podrá entregar al paciente, por escrito, las informaciones y observaciones que a su juicio procedan para el mejor uso de la medicación por parte del paciente. Estas informaciones y observaciones complementarán las autorizadas por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y estarán adecuadas a cada paciente individual. Incluirán, en su caso, advertencias sobre las reacciones adversas, contraindicaciones, interacciones y precauciones en el uso.

## B. Naturaleza jurídica

La receta u orden de dispensación es un documento normalizado que tiene como finalidad esencial que el profesional y el usuario emitan y reciban las instruc-

---

<sup>16</sup> Vide STS de 18 de diciembre de 2003 (Ar. 1934), F.D. DÉCIMOTERCERO: «Pues como se ha razonado y se advierte de los términos de la Orden impugnada, esta se limita a determinar y precisar, las condiciones de prescripción y dispensación, en todo el territorio nacional, de determinadas fórmulas magistrales, y ello, por razones de protección a la salud de los usuarios, para facilitar y posibilitar el control de las incidencias que para la salud pueda tener cualquiera de ellas, y en plena conformidad además, con lo dispuesto en la Ley del Medicamento sobre dispensación de medicamentos en las farmacias, y dejando en plena libertad al médico y farmacéutico, para la prescripción y dispensación, siempre que se adecuen a las prescripciones sanitarias establecidas para los supuestos a que se refiere la Orden en su artículo 1. Y por todo ello no se puede aceptar la alegación de que la Orden afecte a la libertad de entrada y circulación de medicamentos, ni comporte prohibición alguna, cuando está estableciendo unas prescripciones sanitarias, autorizadas por la Ley del Medicamento artículo 31, para unos supuestos muy concretos y para proteger la salud de los usuarios, en un campo muy concreto y en el que se han detectado, cuando menos anomalías o irregularidades que han afectado a la salud concreta de determinados usuarios».

<sup>17</sup> Vide PÉREZ GÁLVEZ, J.F., *Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios*. Bosch, Barcelona, 2003, en su totalidad.

ciones necesarias para implementar el tratamiento adecuado y recomendado por el primero.

La naturaleza jurídica de la receta u orden de dispensación enfermera no es la misma, con las salvedades que establece la propia disposición que las regula, el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, en su versión vigente, de 24 de diciembre de 2015<sup>18</sup>. Y como señaló la STS de 3 de mayo de 2013 (Ar. 3926).:

«La Ley 29/2006, de 26 de julio tras la redacción llevada a efecto por la Ley 28/2009 no otorga nuevas competencias profesionales a favor de los enfermeros que fueren atribución profesional de los médicos.

Y, por ello, no hay infracción del principio de reserva legal de las profesiones tituladas por el hecho de que no se hubiere alterado la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

*La norma reglamentaria, regula la receta médica, art. 1, como absolutamente diferenciada de la orden de dispensación enfermera, art. 1.c). Son, por tanto, dos documentos administrativos normalizados absolutamente distintos que, dada su denominación individualizada no se vislumbra pueda conducir a la confusión denunciada. Por ello no cabe considerar arbitrario atribuir a las organizaciones colegiales corporativas de las distintas profesiones concernidas el control de los talonarios de la actividad privada.*

Ha de prestarse atención al concreto redactado del art. 77 de la Ley del Medicamento.

---

<sup>18</sup> Vide Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, Disposición Adicional quinta: «Orden de dispensación del artículo 77.1, párrafo segundo, de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

1. Las órdenes de dispensación, públicas o privadas, pueden emitirse en soporte papel, para cumplimiento manual o informatizada, y en soporte electrónico. Con carácter general a la orden de dispensación le será de aplicación todas las disposiciones contenidas en este real decreto para la receta médica, con las particularidades que le sean propias.

2. Sin perjuicio de lo que pueda establecerse de forma complementaria por el Gobierno sobre la materia, la orden de dispensación se adaptará a los criterios básicos del anexo y deberá cumplir los siguientes requisitos:

a) Incluir la información necesaria que permita su *fácil identificación como orden de dispensación y su diferenciación con la receta médica*.

b) Incluir los datos personales del enfermero/a acreditado/a para la indicación o autorización de dispensación, conforme a la disposición adicional duodécima de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en lugar de los datos del prescriptor que constan como propios de la receta médica».

La Ley del Medicamento define claramente la orden de dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica como una facultad de los enfermeros a llevar a cabo “de forma autónoma”, siendo el ámbito objeto de regulación en el Real Decreto impugnado. Los medicamentos no sujetos a prescripción médica son aquellos contemplados en el art. 19.4 de la Ley del Medicamento así como en el art. 78.1.b. del mismo texto legal.

No es objeto de regulación en este Real Decreto la regulación de otra actividad diferente pero que no se realiza “de forma autónoma” como es la indicación, uso y autorización de dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica, mediante la aplicación de protocolos de elaboración conjunta en el marco de los principios de la atención integral de salud.

La sujeción a la prescripción médica no es alterada por el hecho de que puedan establecerse protocolos para esa actividad de indicación y uso tras la correspondiente diagnóstico médica y subsiguiente prescripción por los profesionales sanitarios concernidos: los médicos más los odontólogos y los podólogos en el ámbito de sus competencias respectivas.

Lo relevante es que la norma reglamentaria y la legal en la que se apoya hablan claramente de medicamentos sujetos a prescripción médica. Independientemente de que en el uso ordinario del lenguaje prescribir pudiera ser indicar, tal cual pone de relieve la Corporación recurrente, la norma respeta el consolidado uso en lengua española de la acción de prescribir como la indicación por un médico de un determinado tratamiento o una medicación. La facultad de prescripción de medicamentos no resulta modificada y por ende la competencia previa de diagnóstico.

La prescripción por el médico de medicamentos sujetos a receta médica no se ve alterada.

La novedad radica en que el enfermero podrá indicar el uso de medicamentos sujetos a prescripción médica, es decir tras haber sido recetados por el médico, mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial acordados con las organizaciones colegiales de médicos y enfermeros y validados por la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud».

### C. Grupo normativo regulador

La anterior Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en su artículo 77<sup>19</sup>, como el actual texto refundido

<sup>19</sup> *Vide* STS de 3 de mayo de 2013, Ar. 3926, Voto particular emitido por los magistrados Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y Don Jesús Ernesto Peces Morate: «SEXTO. Las razones por las que consideramos que la Sala, antes de resolver, debería abrir el trámite a fin de plantear cuestión de inconstitucionalidad del artículo 77.1, párrafos tercero y cuarto, y de la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 29/2006, de 26 de junio, modificada por Ley 28/2009, de 30 de diciembre, se centran en la inseguridad jurídica que tales preceptos legales entrañan y en la contradicción de los mismos con lo establecido en el artículo 36.1 de la Constitución.

SEPTIMO. El principio de seguridad jurídica, incorporado al artículo 9.3 de nuestra Constitución, ha de entenderse, según la doctrina emanada de las Sentencias del Tribunal Constitucional 234/2012, de 13 de diciembre (fundamento jurídico octavo), 136/2011, de 13 de septiembre (fundamento jurídico noveno), y 234/2001, de 13 de diciembre (*fundamentos jurídicos noveno, décimo, undécimo y duodécimo*) y las que en ellas se citan, como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados y como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho o como la claridad del legislador y no la confusión normativa. [...].

La situación descrita es la que se desprende del contenido de los cuatro párrafos del artículo 77.1 y de la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, redactados por la Ley 28/2009, de 30 de diciembre, ya que, cuando menos, dejan la incertidumbre de si los enfermeros están facultados para autorizar la dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica, prueba de lo cual es que la Sala, bordeando su cometido estrictamente jurisdiccional, se ha visto obligada a realizar ciertas declaraciones meramente interpretativas de aquel precepto con el fin de despejar la incógnita que ha llevado a la Administración a promulgar los artículos 1.c y 4.3 del Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, objeto ambos del presente pleito.

OCTAVO. [...]. La Exposición de Motivos de la Ley 28/2009 menciona el artículo 7.2.a) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, para justificar la intervención de los enfermeros en esa prescripción de medicamentos, pero esta norma sólo atribuye a los enfermeros la dirección, evaluación y prestación de cuidados de enfermería y la prevención de enfermedades o discapacidades.

Dicho precepto legal no les confiere la realización del **acto médico** por excelencia de definir la enfermedad o patología mental (**diagnóstico**) y determinar el tratamiento a seguir, que conlleva la prescripción del medicamento adecuado.

Al encomendarse, a través de la regulación del Gobierno, por la Ley del Medicamento atribuciones a los enfermeros que carecen de la correspondiente equivalencia en la determinación legal de sus funciones profesionales, los preceptos que cuestionamos infringen también el artículo 36.1 de la Constitución.

La Sentencia 42/1986, de 10 de abril (fundamento jurídico primero) del Tribunal Constitucional declaró que *«la primera parte del artículo 36 de la Constitución [...] contiene fundamentalmente una reserva de ley en cuanto al establecimiento del régimen jurídico de Colegios profesionales y al ejercicio de las profesiones tituladas. La garantía de las libertades y derechos de los ciudadanos consiste en que esta materia sea regulada por el legislador, que no encuentra, como es obvio, otros límites que los derivados del resto de los preceptos de la Constitución, y, principalmente, de los derechos fundamentales. Compete, pues, al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuándo existe una profesión, cuándo esta profesión debe ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada, esto es, profesión para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia»*.

El artículo 77.1, párrafos tercero y cuarto, y la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 29/2006, modificada por Ley 28/2009, de 30 de diciembre, no respetan la reserva de ley en materia de la profesión



de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, en su artículo 79.1, han dispuesto que los médicos, los odontólogos y los podólogos, en el ámbito de sus competencias respectivas, son los únicos profesionales prescriptores, es decir, con facultad para recetar medicamentos sujetos a prescripción médica. El texto literal, es el siguiente:

### «Artículo 79. La receta médica y la prescripción hospitalaria

1. La receta médica, pública o privada, y la orden de dispensación hospitalaria son los documentos que aseguran la instauración de un tratamiento con medicamentos por instrucción de un médico, un odontólogo o un podólogo, en el ámbito de sus competencias respectivas, únicos profesionales con facultad para recetar medicamentos sujetos a prescripción médica.

Sin perjuicio de lo anterior, los enfermeros de forma autónoma, podrán indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica y los productos sanitarios relacionados con su ejercicio profesional, mediante la correspondiente orden de dispensación. Los fisioterapeutas también podrán indicar, usar y autorizar, de forma autónoma, la dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica y de productos sanitarios relacionados con el ejercicio de su profesión, mediante orden de dispensación.

El Gobierno regulará la indicación, uso y autorización de dispensación de **determinados medicamentos sujetos a prescripción médica** por los enfermeros, en el marco de los principios de la atención integral de salud y para la continuidad asistencial, mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial, de elaboración conjunta, acordados con las organizaciones colegiales de médicos y enfermeros y validados por la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

---

titulada para los Diplomados universitarios en Enfermería, porque la facultad de prescribir medicamentos es ajena a las funciones que tienen atribuidas por el artículo 7.2.a) de la Ley 44/2003, de ordenación de las profesiones sanitarias, así como a las del Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, de transposición de la normativa de la Unión Europea.

Es por tanto, inconstitucional la deslegalización de la materia que se contiene en el artículo 77.1, párrafos tercero y cuarto, y la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 29/2006, de 26 de julio, modificada por Ley 28/2009, de 30 de diciembre, al atribuir al Gobierno potestad para conferir a los enfermeros competencias profesionales constitucionalmente reservadas al legislador por el artículo 36.1 de la Constitución».

Igualmente el Gobierno regulará la indicación, uso y autorización de dispensación de **determinados medicamentos sujetos a prescripción médica** por los enfermeros, en el ámbito de los cuidados tanto generales como especializados, y fijará, con la participación de las organizaciones colegiales de enfermeros y de médicos, los criterios generales, requisitos específicos y procedimientos para la acreditación de dichos profesionales, con efectos en todo el territorio del Estado, en las actuaciones previstas en este apartado.

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, con la participación de las organizaciones colegiales correspondientes, acreditará con efectos en todo el Estado a los enfermeros y a los fisioterapeutas para las actuaciones previstas en este artículo».

El régimen jurídico de prescripción y dispensación de medicamentos lo establece el Real Decreto Legislativo 1/2015, art. 19<sup>20</sup>. El artículo 79 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, con-

<sup>20</sup> *Vide* Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, art. 19: «Condiciones de prescripción y dispensación de medicamentos.

1. En la autorización del medicamento, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios determinará sus condiciones de prescripción clasificándolo, según corresponda, en las siguientes categorías:

- a) Medicamento sujeto a prescripción médica.
- b) Medicamento no sujeto a prescripción médica.

2. Estarán en todo caso sujetos a prescripción médica los medicamentos que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

- a) Puedan presentar un peligro, directa o indirectamente, incluso en condiciones normales de uso, si se utilizan sin control médico.
- b) Se utilicen frecuentemente, y de forma muy considerable, en condiciones anormales de utilización, y ello pueda suponer, directa o indirectamente, un peligro para la salud.
- c) Contengan sustancias o preparados a base de dichas sustancias, cuya actividad y/o reacciones adversas sea necesario estudiar más detalladamente.
- d) Se administren por vía parenteral, salvo casos excepcionales, por prescripción médica.

3. La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios podrá establecer, en los medicamentos que sólo pueden dispensarse bajo prescripción médica, las siguientes subcategorías:

- a) Medicamentos de dispensación bajo prescripción médica renovable o no renovable.
- b) Medicamentos sujetos a prescripción médica especial.
- c) Medicamentos de dispensación bajo prescripción médica restringida, de utilización reservada a determinados medios especializados.

Reglamentariamente se establecerán los criterios para su aplicación.

4. La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios podrá calificar como medicamentos no sujetos a prescripción médica aquéllos que vayan destinados a procesos o condiciones que no necesiten un diagnóstico preciso y cuyos datos de evaluación toxicológica, clínica o de su utilización y vía de administración no exijan prescripción médica, de modo que dichos medicamentos puedan ser utilizados para autocuidado de la salud, mediante su dispensación en la oficina de farmacia por un farmacéutico, que informará, aconsejará e instruirá sobre su correcta utilización».

fiere a los enfermeros la facultad para, de forma autónoma, indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica y los productos sanitarios de uso humano **relacionados con su ejercicio profesional**, mediante la correspondiente orden de dispensación.

Asimismo, y conforme a lo establecido en el párrafo cuarto del apartado 1 de dicho artículo 79, corresponde al Gobierno la labor de fijar, con la participación de las organizaciones colegiales de enfermeros y de médicos, los criterios generales, requisitos específicos y procedimientos para la acreditación de los enfermeros, como requisito previo y necesario para poder indicar, usar y autorizar la dispensación de determinados medicamentos. En este sentido, se incorporan en el Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, las bases del sistema de acreditación de los enfermeros, tanto de los responsables de cuidados generales como de los responsables de cuidados especializados, para la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano.

En cuanto a **determinados** medicamentos sujetos a prescripción médica, también se encarga al Gobierno la regulación de las actuaciones profesionales de los enfermeros, en el marco de los principios de la atención integral de salud y para la continuidad asistencial, y dentro de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial, de elaboración conjunta, acordados con las organizaciones colegiales correspondientes, y validados por la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

En relación con estas actuaciones de los enfermeros respecto de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica, y conforme ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de mayo de 2013 (Ar. 3926), no se trata con ello de otorgar nuevas competencias profesionales a favor de aquéllos que fueren atribución profesional de los médicos, ya que la sujeción a la prescripción médica no puede quedar alterada por el hecho de que puedan establecerse protocolos para la actividad de indicación y uso por los enfermeros, tras la correspondiente diagnosis médica y subsecuente prescripción por los profesionales sanitarios competentes. Es decir, en palabras del propio Tribunal Supremo, la facultad de prescripción de los medicamentos no resulta modificada y, por ende, la competencia previa de diagnóstico.

Por otra parte, se debe tener en cuenta también lo preceptuado en el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación<sup>21</sup>, así como en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo (Ar.

---

<sup>21</sup> *Vide* Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, Anexo, apartado cuarto, párrafo primero: «La orden de dispensación a la que se refiere el artículo 1.c) de este real decreto, con carácter general, se

4452), de 6 de junio, de 17 de julio y de 18 de diciembre de 2012, y en la sentencia de 3 de mayo de 2013 (Ar. 3926), en el sentido de que las órdenes de dispensación son los documentos normalizados que suponen un medio fundamental para la transmisión de información entre los profesionales sanitarios, además de ser una garantía para el paciente, y que posibilitan un correcto cumplimiento terapéutico y la obtención de la eficiencia máxima del tratamiento.

## II. RÉGIMEN JURÍDICO: REAL DECRETO 954/2015, DE 23 DE OCTUBRE, QUE REGULA LA INDICACIÓN, USO Y AUTORIZACIÓN DE DISPENSACIÓN DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS DE USO HUMANO POR PARTE DE LOS ENFERMEROS

### 1. Orden de dispensación

Los enfermeros en el ejercicio de su actividad profesional, podrán indicar, usar o autorizar la dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica y de productos sanitarios de uso humano, de forma autónoma, mediante una orden de dispensación (art. 2.1, del RD 954/2015). También podrán hacerlo respecto de medicamentos sujetos a prescripción médica, según lo previsto en la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (art. 79), en relación con el art. 7 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre (art. 3.1, del RD 954/2015).

Esta orden de dispensación solo la podrán realizar los enfermeros acreditados en las condiciones establecidas en el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, art. 1.c) (art. 5.1, del RD 954/2015). En la misma deberá incluir entre sus datos de identificación, su condición de acreditado<sup>22</sup>, y en el caso de medicamentos sujetos a prescripción médica también la

---

atendrá a los criterios básicos establecidos en este anexo para la receta médica y se adecuará a las características que se describen en el correspondiente modelo. En todo caso, deberán figurar en las órdenes de dispensación los datos correspondientes al enfermero, a su acreditación, y en los supuestos referidos a medicamentos sujetos a prescripción médica, el código de identificación y la denominación del correspondiente protocolo o guía de práctica clínica y asistencial y su denominación».

<sup>22</sup> La redacción definitiva de este precepto se debe a la consideración expuesta en el Dictamen 483/2015, del Consejo de Estado, donde señalaba: «Finalmente, además de una pura cuestión de redacción (debe decir el artículo 5.2 “medicamentos de uso humano sujetos a prescripción médica” en vez de “medicamentos sujetos a prescripción médica de uso humano”), debe hacerse notar que la orden de dispensación deberá emplearse por los enfermeros con independencia del tipo de medicamento que indiquen o autoricen (como resulta del proyectado artículo 5.1), por lo que no acaba de comprenderse, ni se justifica en el expediente, por qué se limita la obligación de consignar la condición de acreditado (que impone el artículo 77.1 en general) en la orden de dispensación al caso del ya citado artículo 5.2. Entiende el Consejo de Estado que por la relevancia de la figura de la acreditación esta debería figurar siempre en la orden de dispensación».

información correspondiente al protocolo o a la guía de práctica clínica y asistencial en que se fundamenta (art. 5.2, del RD 954/2015).

## 2. Finalidad del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre

La finalidad del Real Decreto 954/2015, es dual. Las relativas a las actuaciones y competencias profesionales (en el marco de los principios de la atención integral de salud y para la continuidad asistencial, y de conformidad con lo previsto en el artículo 79 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios –que respecto de medicamentos sujetos a prescripción médica, sólo se refiere a “**determinados**”-, no a todos) son:

-Regular, de un lado, las **actuaciones profesionales** de los enfermeros en materia de indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano relacionados con su ejercicio profesional.

-Fijar con la participación de las organizaciones colegiales correspondientes los **criterios generales, requisitos específicos y procedimientos para la acreditación** de los enfermeros, tanto de los responsables de cuidados generales como de los responsables de cuidados especializados, como requisito previo y necesario para poder desarrollar las actuaciones previstas en el artículo 79 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y siempre dentro de la distribución de las competencias profesionales establecidas en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, y en el resto de normas que resulten de aplicación.

En relación con los protocolos se propone:

- Fijar el modo de elaboración de los protocolos y guías de práctica clínica y asistencial, que se efectuará en el seno de la Comisión Permanente de Farmacia del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, garantizándose la representación tanto del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, como de las comunidades autónomas, las mutualidades de funcionarios, el Ministerio de Defensa y los Consejos Generales de los Colegios Oficiales de Enfermeros y de Médicos.

- Regular el procedimiento para la validación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial por parte de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación.

Y con toda claridad el Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, en su art. 1 determina que es objeto de este real decreto regular, en el marco de los principios de la atención integral de salud y para la continuidad asistencial, y de conformidad con lo previsto en el artículo 79 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por el Real Decreto Legislati-

vo 1/2015, de 24 de julio, en relación con los artículos 7 y 9.1 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias:

a) Las actuaciones de los enfermeros en materia de indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano, relacionados con su ejercicio profesional.

b) La elaboración y validación de los protocolos y guías de práctica clínica y asistencial para la indicación, uso y autorización de dispensación de **medicamentos sujetos a prescripción** médica por parte de los enfermeros.

c) El procedimiento de acreditación del enfermero, tanto del responsable de cuidados generales como del responsable de cuidados especializados, como requisito previo y necesario para el pleno desarrollo de las actuaciones contempladas en los artículos 2 y 3<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Vide Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros:

«Artículo 2. Indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica y de productos sanitarios de uso humano.

1. Los enfermeros, en el ejercicio de su actividad profesional, podrán indicar, usar y autorizar la dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica y de productos sanitarios de uso humano, de forma autónoma, mediante una orden de dispensación que tendrá las características establecidas en el artículo 5.

2. Para el desarrollo de estas actuaciones, tanto el enfermero responsable de cuidados generales como el enfermero responsable de cuidados especializados deberán ser titulares de la correspondiente acreditación emitida por la Dirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad conforme a lo establecido en este real decreto.

Artículo 3. Indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos de uso humano sujetos a prescripción médica.

1. Los enfermeros, en el ejercicio de su actividad profesional, según lo previsto en el artículo 79 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en relación con el artículo 7 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, y conforme a lo establecido en el apartado siguiente, podrán indicar, usar y autorizar la dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica, mediante la correspondiente orden de dispensación que tendrá las características establecidas en el artículo 5.

2. Para el desarrollo de estas actuaciones, tanto el enfermero responsable de cuidados generales como el enfermero responsable de cuidados especializados deberán ser titulares de la correspondiente acreditación emitida por la Dirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad conforme a lo establecido en este real decreto.

En todo caso, para que los enfermeros acreditados puedan llevar a cabo las actuaciones contempladas en este artículo respecto de los medicamentos sujetos a prescripción médica, será necesario que el correspondiente profesional prescriptor haya determinado previamente el diagnóstico, la prescripción y el protocolo o guía de práctica clínica y asistencial a seguir, validado conforme a lo establecido en el artículo 6. Será en el marco de dicha guía o protocolo en el que deberán realizarse aquellas actuaciones, las cuales serán objeto de seguimiento por parte del profesional sanitario que lo haya determinado a los efectos de su adecuación al mismo, así como de la seguridad del proceso y de la efectividad conseguida por el tratamiento».

Las disposiciones de este real decreto se aplicarán tanto si las actividades se desarrollan en los servicios sanitarios públicos como si se desarrollan en el ámbito de la sanidad privada.

El Real Decreto 954/2015 se dicta al amparo de la competencia exclusiva que en materia de bases y coordinación general de la sanidad atribuye al Estado el artículo 149.1.16.<sup>a</sup> de la Constitución. Esta disposición tiene continuidad natural en los respectivos Decretos autonómicos que materializan las bases más desarrollo, propias del esquema de un Estado autonómico como el nuestro. Sin embargo, es llamativa la evolución del fundamento constitucional desde el proyecto al texto definitivamente aprobado, tal y como detalla el Dictamen del Consejo de Estado de 23 de julio de 2015, referencia: 483/2015:

«El Proyecto prevé en su disposición final primera, en su primer párrafo, que los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 11 del Real Decreto tienen carácter de norma básica con arreglo a lo previsto en el artículo 149.1.16.<sup>a</sup> de la Constitución, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos. Añade en su segundo párrafo que los artículos 8, 9 y 10 se dictan al amparo del artículo 149.1.30.<sup>a</sup> de la Constitución que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales.

En relación con esta cuestión, la disposición final primera de la Ley 29/2006 prevé que el artículo 77 tiene carácter de legislación básica al amparo del artículo 149.1.16.<sup>a</sup> de la Constitución, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad.

No existe previsión específica sobre la cobertura de la disposición adicional 12.<sup>a</sup> de la Ley 29/2006 en un título competencial concreto del Estado, ni en dicha norma, ni en la Ley 28/2009 que la modificó.

**En cualquier caso, entiende el Consejo de Estado que en la medida en que el contenido de dicha disposición adicional está directamente relacionado con el contenido del artículo 77.1 de la propia Ley 29/2006, puede aquella entenderse fundamentada en el mismo título competencial que ampara al citado precepto.**

Alguna Comunidad Autónoma ha considerado que el Proyecto, y por elevación, el artículo 77.1 y la disposición adicional 12.<sup>a</sup> de la Ley 29/2006, carecen de cobertura constitucional, en particular, tras lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC 1/2011.

Pero como declara esta sentencia, **el Estado puede retener en su acervo competencial ciertas competencias relacionadas con la formación continuada de los profesionales sanitarios si se proyectan y están llamadas a desplegar su eficacia en todo el territorio nacional** (FJ 6º), como ocurre con el reconocimiento de la posibilidad de que, previa acreditación unitaria y homogénea, por una instancia del Estado, los enfermeros, con independencia del lugar en que se formaron y ejerzan su profesión, ejerzan las funciones relacionadas con la indicación, uso o autorización de medicamentos, sujetos o no a prescripción médica, en los términos de la legislación básica del Estado.

*Debe tenerse en cuenta que la acreditación es un acto administrativo que culmina un procedimiento en el que se efectúan labores de verificación de la formación y capacidades adquiridas por los profesionales enfermeros interesados, por lo que no puede calificarse su expedición como “un acto meramente formal y reglado que culmina el proceso de capacitación y evaluación de la aptitud profesional”, supuesto en el que, conforme a la STC 170/2014 (FJ 6º, apartado C), la acreditación podría residenciarse en la correspondiente competencia ejecutiva autonómica».*

Antes de desarrollar el contenido que abordo a continuación (ya anuncio que el Consejo de Estado fue profético), debo señalar tres circunstancias relevantes. Primera, el texto aprobado tiene fecha de 23 de octubre de 2015, y se publica en el BOE de 23 de diciembre. Parece razonable pensar que este hecho tiene relación directa con la convocatoria electoral de 20 de diciembre de ese año (elecciones generales). Segunda, en el texto aprobado no se menciona o informa a otros profesionales sanitarios que pueden actuar como prescriptores (médicos, etc); pero hubiese sido conveniente dar indicaciones e instrucciones expresas sobre el particular ante la nueva determinación. Tercera, el título de la disposición establece que «Regula la indicación, uso y autorización [...]». No es muy afortunado. Al menos en el calificativo “uso”. Intentaré explicar el porqué.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define uso como «1. Acción de usar. 2. Cosa para la que se usa algo. 3. Acción, o manera de hacer cierta cosa». Y define usar como «1. Hacer servir una cosa para algo. Utilizar». A la vista del significado de uso y usar, es fácilmente comprensible que el enfermero no puede desarrollar su práctica profesional sin usar medicamentos y productos sanitarios (gasas, pinzas, etc). Y lo que el Real Decreto afirma, es que su actividad propia y cotidiana no puede desarrollarse sin contar con la previa acreditación, que tal y como señalaré, tiene carácter voluntario. Es más, no podrá usar medicamentos prescritos por un médico, si no se ha acreditado. Lo mismo sucede con todo el material quirúrgico.



Esta situación se agudiza todavía más en un entorno hospitalario. Es decir, supone vaciar una profesión y el contenido de un título académico y profesional. Y esta evidencia empírica contraviene las disposiciones legales vigentes y el sentido común<sup>24</sup>.

Quizás resultase aconsejable precisar que la disposición normativa aprobada regula la indicación y autorización, pero no el uso. El uso, tal y como he expuesto, no debe requerir acreditación, como es obvio.

También es oportuno precisar que se genera un clima de inseguridad y conflictividad innecesario. Y hago esta afirmación, porque en ningún caso se ha permitido a los enfermeros “prescribir” medicamentos, y por tanto, no hay invasión competencial sobre ejercicio profesional, cuya regulación corresponde al Estado. Así lo ha establecido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, núm. 2002/2010, recurso: 1693/2009, de siete de diciembre de 2010, al enjuiciar determinados preceptos del Decreto 307/2009, de 21 de julio, por el que se define la actuación de las enfermeras y enfermeros en el ámbito de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, F.D. 5<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Vide PÉREZ GÁLVEZ, J.F., *Prescripción, indicación, uso, autorización y dispensación de medicamentos y productos sanitarios*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2017.

<sup>25</sup> Vide Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, núm. 2002/2010, recurso: 1693/2009, de siete de diciembre de 2010, F.D. 5: «El Decreto en cuestión, no contempla la prescripción por los enfermeros de los medicamentos que conforme a las prescripciones legales estén calificados por la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud y Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, como sujetos a prescripción médica u odontológica, atribuyéndole facultades que se hallan incluidas en el ámbito de actuación de los diplomados universitarios de enfermería, a tenor de lo establecido en el artículo 7.2.a) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, que dispone: “La dirección, evaluación y prestación de cuidados de enfermería orientados a la promoción, mantenimiento y recuperación de la salud, así como a la prevención de enfermedades y discapacidades”, que en ningún concepto comprende el diagnóstico previo preciso y la decisión del medicamento que ha de administrarse al paciente para su tratamiento, componente de la prescripción que siempre será responsabilidad indelegable de los médicos o en su caso de los odontólogos; por ello el Decreto (en el artículo 4.5) establece que: “En ningún caso podrá modificarse el principio activo o la marca del medicamento prescrito por el profesional de la medicina o de la odontología”.

Por tanto no puede considerarse que el Decreto contradiga la legislación básica dictada por el Estado que atribuye en exclusiva a médicos y odontólogos la prescripción del medicamento, en este mismo sentido se pronuncia el dictamen del Consejo Consultivo de 25-05-08 (folio 429 del expediente) referido a un proyecto de Orden para el desarrollo de la disposición adicional doceava de la Ley 29/2006, dejando claro que los enfermeros pueden usar o autorizar medicamentos no sometidos a prescripción médica, así como los productos sanitarios.

La norma reglamentaria no entra en colisión con la legislación básica como tampoco resulta vulnerada esta por la indicación de prescripción de productos sanitarios, incluidos en la prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía, al no poder oponerse en este caso, la reserva a favor de los profesionales médicos y odontólogos del diagnóstico y prescripción, en el entendimiento de que la indicación de los medicamentos por los enfermeros no puede suponer en ningún caso una incursión ilegítima en el ámbito competencial de los médicos, ni la toma de decisiones contradictorias con diagnóstico y prescripciones

El efecto –entiendo que no deseado– es que se desarrolla una espesa cortina técnica y administrativa de acreditaciones, protocolos y guías, que se antoja difícil de articular para la loable finalidad que persigue. Es posible que se haya diseñado un proceso formal alejado de los parámetros de racionalidad y simplificación que exigen los ciudadanos a las Administraciones públicas. Y, todo ello, sin posibilidad de incremento del gasto público, tal y como determina el RD 954/2015, Disposición final segunda: «Las medidas y actuaciones contempladas o derivadas de este real decreto deberán ser atendidas con las dotaciones presupuestarias ordinarias del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y no podrán generar incremento de dotaciones ni de retribuciones ni de otros gastos de personal al servicio del sector público».

La consecuencia es doble: los profesionales deberán hacer frente al desembolso inherente a la formación adicional (en foros profesionales se ha hecho referencia a la incubación de una nueva industria de “formación en prescripción enfermera”), y, posiblemente, al incremento del coste de la póliza de responsabilidad civil; imposibilidad de incremento de retribuciones como consecuencia de la actividad y responsabilidad adicional asumida. En este contexto, es difícil comprender los motivos que puedan impulsar a todo un colectivo a implementar esta apuesta estratégica del Sistema Nacional de Salud.

### **3. Los enfermeros deberán ser titulares de la correspondiente acreditación**

La acreditación es precisa para que los enfermeros puedan indicar usar o autorizar la dispensación de cualquier clase de medicamentos y productos sanitarios de uso humano. Pero, sólo la relativa a los medicamentos sujetos a prescripción médica requiere de la aprobación previa de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial, de elaboración conjunta, acordados con las organizaciones colegiales de médicos y enfermeros y validados por la Administración sanitaria estatal<sup>26</sup>.

Sobre esta cuestión resulta de especial interés la STS de 26 de junio de 2015 (Ar. 2987), F.D. 3:

«El quebrantamiento de forma, que se aduce en el primer motivo, por la lesión a una de las normas esenciales de la sentencia, como es la congruencia, ha de ser estimado. [...].

---

emanadas de los mismos, bajo cuya dirección se encuentran en el proceso de asistencia sanitaria por razón de titulación y cualificación, por lo mismo el Consejo Consultivo concluyó de que no existía contradicción entre el contenido del proyecto del Decreto y la normativa básica estatal».

<sup>26</sup> *Vide* DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO de 23 de julio de 2015, VI. Observaciones al Proyecto.

Pues bien, en este caso esa operación de contraste o comparación revela que en el escrito de demanda se plantaban dos cuestiones o motivos perfectamente diferenciados como eran, de un lado, la vulneración de una norma con rango de ley por el decreto autonómico, por prescindirse de la exigencia de *acreditación* ministerial para realizar actuaciones sobre el uso y dispensación de medicamentos por el personal de enfermería (1); y , de otro, la nulidad del artículo 4 del Decreto allí impugnado por someter las actuaciones autónomas de dicho personal, respecto de los medicamentos, a *programas de formación, protocolos y pautas* (2).

Sin embargo, la sentencia, tras citar y transcribir los preceptos impugnados y los que resultan de aplicación al caso, hace un examen genérico, centrado en que se trata de medicamentos no sujetos a prescripción médica, sobre la adecuación de la norma impugnada en la instancia a la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Sin descender a examinar las dos cuestiones concretas que suscitaba, la acreditación individual y el establecimiento de programas y protocolos del personal de enfermería.

Conviene adelantar que dicho examen específico era imprescindible, en todo caso, si tenemos en cuenta que la exigencia de la *acreditación* está prevista, en los términos que seguidamente analizaremos, para las actuaciones de los enfermeros a la hora de indicar, usar y autorizar la dispensación de medicamentos, **tanto los sujetos a prescripción médica, como los que no**<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Y continúa afirmando (F.D. 5 y 6): «Acorde con el marco normativo, sucintamente expuesto en el fundamento anterior, era de esperar que la norma reglamentaria que aprueba el Decreto 52/2011, de 20 de mayo, por el que se regula la actuación del personal de enfermería en el ámbito de la prestación farmacéutica del sistema sanitario público, incluyera el requisito de la acreditación ministerial al que reiteradamente se alude en la Ley 29/2006 y RD 1718/2010, en los términos ya vistos. Conviene recordar que la finalidad de dicho Decreto autonómico es la *“seguridad y beneficio de los pacientes mediante el ejercicio de la práctica profesional del personal de enfermería (...) que implica necesariamente el uso de medicamentos y productos sanitarios no sujetos a prescripción médica”*. Del mismo modo que el artículo 3.1 del Decreto se refiere a los medicamentos que “no estén sujetos a prescripción médica”. Y ya hemos señalado que la acreditación prevista en el último párrafo del artículo 77.1 de la Ley 29/2006, se exige tanto respecto de los medicamentos sujetos a prescripción médica como a los demás.

Así se infiere, insístimos, del artículo 77. 1 párrafo último, cuando señala que el Ministerio “acreditará con efectos en todo el Estado, a los enfermeros para las actuaciones previstas en este artículo”. Es decir, tanto las órdenes previstas en los párrafos segundo y tercero de dicho artículo 77.1, que se refieren a las órdenes de dispensación, respectivamente, de medicamentos no sujetos y sujetos a prescripción médica. Y, el artículo 1, apartado c), del Real Decreto 1718/2010 tampoco hace distingos al respecto, pues dicho real decreto regula el supuesto a que se refiere el párrafo segundo del citado artículo 77.1 de la Ley 29/2006, es decir, medicamentos no sujetos a prescripción médica.

Así lo refleja el RD 954/2015, cuando establece que, para el desarrollo de estas actuaciones, el enfermero deberá ser titular de la correspondiente acreditación (art. 2.2).

#### 4. La acreditación inicialmente diseñada

##### A. Régimen general

La acreditación tiene carácter voluntario. Corresponde a la persona titular de la Dirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad otorgar la acreditación de los enfermeros, tanto de los responsables de cuidados generales como de los responsables de cuidados especializados, para la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano con sujeción a los requisitos y procedimiento regulados, respectivamente, en los artículos 9 y 10 del Real Decreto 954/2015, en cuya tramitación se contará con la participación del Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España.

La obtención por los enfermeros de la acreditación no supondrá, por sí misma, una modificación de su puesto de trabajo, sin perjuicio de que pueda ser valorada como mérito para la provisión de puestos de trabajo cuando así lo prevea la normativa correspondiente.

La acreditación del enfermero, tanto del responsable de cuidados generales como del responsable de cuidados especializados, se incorporará al Registro Estatal de Profesionales Sanitarios y formará parte de los datos públicos de conformidad con

---

Cuando se soslaya, por tanto, dicha exigencia sobre la “acreditación”, legal y reglamentariamente impuesta, la norma impugnada en la instancia nace viciada de nulidad porque establece una regulación distinta a la establecida por la Ley 29/2006 y RD 1718/2010. Y esa diferente regulación en el Decreto impugnado, respecto del marco jurídico de aplicación y al que se refiere su preámbulo o exposición de motivos, induce a confusión en su interpretación, impide su encaje natural en el ordenamiento jurídico, y resulta nociva para la seguridad jurídica.

Es cierto que el Decreto recurrido no deja sin efecto la exigencia de la acreditación que imponen la ley y el reglamento, pero ese silencio frente a una exigencia esencial, cuando se está regulando la “*actuación del personal de enfermería en el ámbito de la prestación farmacéutica*” que es el título del Decreto, genera desconcierto, por su falta de acomodo, sobre la aplicación de dicha exigencia en las Islas Baleares, y contribuye a desfigurar la panorámica sobre los requisitos precisos para determinar los casos en los que procede la indicación, uso y autorización de la dispensación por parte del personal de enfermería.

##### SEXTO

En definitiva, estamos ante una omisión reglamentaria, pues **se debió incluir el requisito de la “acreditación” en la regulación del Decreto impugnado en la instancia. Al no hacerlo así, se ha incumplido una obligación expresamente prevista en la Ley».**

lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición adicional décima de la Ley 16/2003, de 28 de mayo (art. 8).

El Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre establece que los enfermeros podrán acreditarse cumpliendo dos requisitos, a saber (art. 9):

- Estar en posesión del título de Graduado en enfermería o equivalente.
- Haber adquirido las competencias para indicar, usar y autorizar la dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano prevista en el propio anexo de la norma [anexo I, apartado 1.a) o 1.b), dependiendo de si se trata en el segundo supuesto de enfermeros especialistas, que además deberán estar en posesión de la titulación que así lo acredite], mediante la superación del correspondiente programa formativo.

En la actualidad las guías docentes de las asignaturas cursadas para la obtención del título de Graduado en enfermería, incluyen las competencias y el programa formativo exigido por el requisito establecido en el Real Decreto estatal. Por tanto, los profesionales que hayan cursado estos estudios, podrán ser acreditados. Para ello será necesario seguir el procedimiento administrativo formalizado establecido al efecto.

Los enfermeros con título de graduado en enfermería sólo tendrán que presentar la correspondiente solicitud ante el ministerio, que deberá resolver y notificar en el plazo de seis meses, siendo los efectos del silencio estimatorios (art. 10.3).

Debo destacar que el Real Decreto 954/2015, arts. 8, 10 y disposición transitoria, exigen el requisito de la acreditación para la indicación, uso y autorización de dispensación de toda clase de medicamentos y productos sanitarios estén o no sujetos a prescripción médica. Y esta opción no es muy coherente, porque en el supuesto de los no sujetos a prescripción médica se impide hacer lo que si pueden desarrollar los farmacéuticos al dispensar un producto sin receta médica, o cualquier ciudadano que puede adquirirlo libremente pagando su precio en la farmacia (les remito al Real Decreto Legislativo 1/2015, art. 19.4, citado anteriormente). Sin duda se trata de una limitación impropia. Y así lo entendió el Informe emitido por la Dirección General de Ordenación Profesional: «Este informe contiene una serie de observaciones generales y particulares. Por lo que hace a las primeras, entiende el órgano informante que la posibilidad de que los enfermeros adquieran las competencias a las que se refiere el Proyecto debería quedar radicada en su específica formación, esto es, subsumida en el Grado en Enfermería, sin que deba ordenarse a través de un sistema específico de acreditación como el diseñado por el artículo 77 de la Ley 29/2006 y su disposición adicional 12<sup>a</sup>. **Entiende que la acreditación podría limitarse**

**a la intervención enfermera relacionada con los medicamentos sujetos a prescripción médica»<sup>28</sup>.**

En idéntico sentido se pronuncia la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios cuando afirma: «no parece que los enfermeros tengan que superar un proceso adicional de acreditación para el **uso** de los productos sanitarios relacionados con su ejercicio profesional»<sup>29</sup>.

**B. Régimen transitorio***a) Supuestos*

El régimen transitorio para la obtención de las competencias profesionales enfermeras sobre indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano para la acreditación de los enfermeros se establece en la Disposición Transitoria Única. El régimen jurídico establecido es el siguiente:

- Enfermeros con título distinto al de graduado en enfermería: los ayudantes técnicos sanitarios, diplomados en enfermería o enfermero especialista (cuidados generales y cuidados especializados) que no hubieran adquirido las competencias previstas en el anexo I del RD 954/2015, a la entrada en vigor de mismo, dispondrán de un plazo de cinco años, a contar desde su entrada en vigor, para la adquisición de dichas competencias y la obtención de la correspondiente acreditación.

- Enfermeros que hasta la entrada en vigor del RD hayan desarrollado funciones de indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano, como consecuencia de la aplicación de normativa autonómica en esta materia (Andalucía e Islas Baleares), podrán acceder a la acreditación, cursando solicitud que deberán acompañar de un certificado del servicio de salud correspondiente, que acredite que el interesado ha adquirido competencias y cuenta con una experiencia profesional mínima de tres meses realizando las funciones de indicación, uso y autorización de medicamentos y productos sanitarios (D.T.U, apartado 3).

*b) Oferta formativa*

La oferta formativa para la adquisición de competencias sobre indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso hu-

---

<sup>28</sup> Texto extractado del Dictamen del Consejo de Estado de 23 de julio de 2015, referencia: 483/2015.

<sup>29</sup> *Idem.*

mano podrá ser desarrollada por las Comunidades Autónomas, las universidades, el Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España y por otras entidades profesionales enfermeras que promuevan su desarrollo profesional continuo. Dicha oferta se explicita en el Anexo I, apartado 2 (D.T.U., apartado 2).

Tiene especial interés en esta materia la consideración que estableció el Consejo de Estado en el dictamen de 23 de julio de 2015 (VI), cuando advertía:

«En relación con la disposición transitoria única, se ha objetado que no se prevea que las Comunidades Autónomas puedan participar en la formación continuada de los enfermeros, a los efectos previstos en el real decreto proyectado.

En línea con lo expuesto, se estima acertada esa pretensión pues a las Comunidades Autónomas corresponde la formación continua del personal a su servicio. La STC 1/2011 declaró que, "aunque con carácter excepcional determinados actos de ejecución puedan tener naturaleza básica por ser complemento necesario de la propia normativa básica (STC 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 5, con cita de otras), tal criterio no puede ser admitido respecto de la acreditación de actividades y programas de formación continuada y de los centros en que se impartan, puesto que la normativa básica estatal puede establecer los requisitos que deben cumplir tales actividades, programas y centros y, tras ello, las Comunidades Autónomas otorgarán las acreditaciones correspondientes con sujeción a dicha normativa básica. Tampoco la competencia de coordinación sanitaria ex artículo 149.1.16 CE otorga al Estado la competencia para realizar por sí mismo, dichas acreditaciones, ya que la coordinación, por su propio alcance, no permite desplazar las competencias autonómicas de ejecución (por todas, STC 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 8). En suma, *nos encontramos ante potestades de naturaleza ejecutiva que son, por ello, de la competencia de la Comunidad Autónoma que haya asumido competencias en la materia.*

Atendiendo a esta jurisprudencia constitucional, se considera que no es factible excluir a las Comunidades Autónomas de la formación de los enfermeros en las materias previstas en el artículo 77.1 y la disposición adicional 12ª de la Ley 29/2006, siempre que estatutariamente hayan asumido esa competencia. Por ello, debe incluirse una mención expresa a la posibilidad de que impartan esa formación en el apartado 3 de la disposición transitoria única del Proyecto.

Esta observación tiene carácter esencial, a los efectos de lo previsto en el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado».

Sin embargo, lo incorporado incumple parcialmente este juicio, por cuanto, queda desdibujada la naturaleza ejecutiva de la competencia asumida por la Comunidad Autónoma (sólo se permite su participación en la formación continuada).

*c) Condición necesaria, pero no suficiente, para los enfermeros acreditados*

Para que los enfermeros acreditados puedan desarrollar las competencias respecto de los medicamentos sujetos a prescripción médica, se precisará también la validación de los correspondientes protocolos y guías de práctica clínica y asistencial. Dicha validación corresponde a la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (D.T.U.3, párrafo segundo).

*d) Procedimiento formalizado de acreditación*

El procedimiento formalizado de acreditación está establecido en el art. 10, y entre las consideraciones más relevantes debo destacar las siguientes.

**Iniciación.** Se iniciará siempre a solicitud del interesado. Se dirigirá a la Dirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y estará acompañada de la documentación acreditativa de los requisitos previstos en el propio RD 954/2015, de 23 de octubre (art. 9).

**Desarrollo.** La instrucción y tramitación corresponderá a la Subdirección General de Ordenación Profesional. Se deberá solicitar informe preceptivo al Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España, que deberá emitirlo en el plazo de un mes.

**Terminación.** La Subdirección General de Ordenación Profesional realizará propuesta de resolución que será resuelta por la Dirección General. El plazo para resolver y notificar será de seis meses, y el silencio tendrá efecto estimatorio.

La acreditación deberá ser emitida por la Dirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (art. 2.2). Tendrá efectos en todo el Estado.

*e) Particularidades y régimen diferenciado*

El RD 954/2015, de 23 de octubre, establece una particularidad y un régimen jurídico diferenciado. La primera está establecida en la Disposición Adicional Primera respecto de las matronas, por la incorporación del Derecho de la Unión Europea al Estado español, que «atribuye a las matronas actividades para el diagnóstico, supervisión, asistencia del embarazo, parto, posparto o de recién nacido normal,



mediante los medios técnicos y clínicos adecuados», sin que esta atribución genérica les permita prescribir medicamentos o productos sanitarios<sup>30 31</sup>.

El régimen jurídico diferenciado afecta a los enfermeros de las fuerzas armadas que se regirán «en lo que atañe a su actividad profesional, por su normativa específica» (Disposición Adicional Segunda). Sin duda es este aspecto el más criticable, por cuanto supone poner en tela de juicio el establecimiento de condiciones básicas del ejecutivo central y por el alcance de la ciencia respecto de este grupo profesional<sup>32</sup>.

## 5. Condiciones especiales de los medicamentos sujetos a prescripción médica

Los medicamentos son productos especiales que propician un inusitado interés social y jurídico, en el mundo desarrollado, por los motivos que han sido expuestos. Cobran especial relevancia los sujetos a prescripción ejerciendo una vis atractiva que también ha sido detallada. Por este motivo es necesario acotar algunas de las facul-

---

<sup>30</sup> Vide respuesta emitida por la Secretaría General de Sanidad y Consumo, a la Presidenta de la Asociación Española de Matronas, de 26 de febrero de 2016: «[...] Sin embargo, no puedo compartir su interpretación de la Disposición Adicional Primera en el sentido de que el desarrollo de esta disposición deba suponer la autorización a las matronas para la prescripción de medicamentos. Como cita UD. En su carta esta Disposición adicional se remite a las previsiones que respecto a las matronas realiza el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, concretamente en el artículo 55 sobre el ejercicio de las actividades profesionales de enfermera especialista obstétrico-ginecológica. En el citado artículo no se hace referencia a la posibilidad de prescripción de medicamentos o productos sanitarios por parte de las matronas. [...] Este Real Decreto (954/2015) va a permitir a los profesionales del colectivo al que usted representa, realizar la competencia de indicación, uso y autorización para la dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano, sólo con el cumplimiento de los requisitos de acreditación y sujeción a protocolo que establece en su articulado. [...]».

<sup>31</sup> Vide Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre, Artículo único. Diez, que da nueva redacción a la Disposición adicional primera: «Disposición adicional primera. Particularidad relativa al personal especialista en enfermería obstétrico-ginecológica. Las previsiones de este Real Decreto se entienden sin perjuicio de lo dispuesto en el Real Decreto 581/2017, de 9 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (Reglamento IMI), el cual atribuye al personal especialista en enfermería obstétrico-ginecológica actividades para el diagnóstico, supervisión, asistencia del embarazo, parto, posparto o de recién nacido normal, mediante los medios técnicos y clínicos adecuados, y de las competencias adquiridas conforme a la formación descrita en la Orden SAS/1349/2009, de 6 de mayo, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Enfermería Obstétrico-Ginecológica (Matrona)».

<sup>32</sup> Vide Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre, Artículo único. Tres, que da nueva redacción al artículo 5.2, segundo párrafo: «En el ámbito de las Fuerzas Armadas, en lugar del número de colegiación, podrá consignarse el número de Tarjeta Militar de Identidad del enfermero o enfermera. Asimismo, se hará constar, en su caso, la especialidad oficialmente acreditada que ejerza».

tades que inciden en los mismos. El interés general resulta capital en este sector del ordenamiento jurídico.

La controversia surge porque se aprueba un texto distinto del pactado<sup>33</sup>, con desconocimiento de la profesión que había estado negociando con el ministerio. Este comportamiento es inusual en la práctica ordinaria de las Administraciones públicas. Tampoco ha sido aclarado el motivo o motivos que llevan al ministerio a desdecirse de lo pactado.

Las consecuencias son evidentes en el supuesto de medicamentos sujetos a prescripción médica. La indicación, uso y autorización sólo es posible si se dan las siguientes condiciones, cuyo inicio corresponde al profesional prescriptor (esta condición no concurre en el personal de enfermería): diagnóstico, prescripción, protocolo o guía de práctica clínica, validación y seguimiento por parte del profesional sanitario prescriptor. Así lo establece el art. 3.2 cuando señala que «será necesario que el correspondiente profesional prescriptor haya determinado previamente el diagnóstico, la prescripción y el protocolo o guía de práctica clínica y asistencial a seguir, validado» conforme a lo establecido en el procedimiento de elaboración y validación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial. Y continúa afirmando: «Será en el marco de dicha guía o protocolo en el que deberán realizarse aquellas actuaciones, las cuales serán objeto de seguimiento por parte del profesional sanitario que lo haya determinado a los efectos de su adecuación al mismo, así como de la seguridad del proceso y de la efectividad conseguida por el tratamiento».

Debo recordar que la STS de 3 de mayo de 2013, ya establecía que no se otorgan nuevas competencias profesionales. Pero, el cambio es sustancial, al reducir ostensiblemente la autonomía de los enfermeros. El colectivo no cuestiona el marco legal, si las atribuciones redactadas de este modo por el reglamento.

---

<sup>33</sup> Para el desarrollo de las atribuciones conferidas a los enfermeros se estipulan una serie de condiciones a cumplir. Entre las cuestiones más controvertidas está la diferente redacción del art. 3.2, segundo párrafo, del RD 954/2015. La negociada con la mesa de la profesión enfermera establecía lo siguiente: «En todo caso, para que los enfermeros acreditados puedan llevar a cabo las actuaciones contempladas en este artículo respecto de los medicamentos sujetos a prescripción médica, deberán haberse validado previamente los correspondientes protocolos o y guías de práctica clínica y asistencial por la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad».

La redacción finalmente aprobada por el Consejo de Ministros de 23 de octubre de 2015, tiene el siguiente tenor literal: «Será necesario que el correspondiente profesional prescriptor haya determinado previamente el diagnóstico, la prescripción y el protocolo o guía de práctica clínica y asistencial a seguir, validado conforme a lo establecido en el artículo 6. Será en el marco de dicha guía o protocolo en el que deberán realizarse aquellas actuaciones, las cuales serán objeto de seguimiento por parte del profesional sanitario que lo haya determinado a los efectos de su adecuación al mismo, así como de la seguridad del proceso y de la efectividad conseguida por el tratamiento».

Este es el germen de la reforma que introduce una dosis razonable de sentido común para reconocer lo que sucede en la práctica cotidiana. Aunque, todavía quedan temas pendientes o no resueltos, supone una mejora ostensible, tal y como expongo en el siguiente epígrafe.

### III. REFORMA Y SIMPLIFICACIÓN: REAL DECRETO 1302/2018, DE 22 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 954/2015, DE 23 DE OCTUBRE

#### **1. La premisa fundamental del régimen jurídico de la indicación, uso, autorización y dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano, y de la posterior reforma, es la misma, pero llegan a soluciones diferentes**

La asistencia sanitaria es un proceso complejo, que en muchas ocasiones requiere la intervención de profesionales diversos. La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias establece el régimen de las relaciones interprofesionales y el trabajo en equipo<sup>34</sup>.

La atención integral y el reenvío a las guías de práctica clínica o protocolos es evidente, son dos consideraciones fundamentales para lograr la consecución de la finalidad perseguida. Y todo ello en base a los pactos interprofesionales y los espacios competenciales compartidos, tal y como determina el Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros:

---

<sup>34</sup> *Vide* Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias, art. 9: «Relaciones interprofesionales y trabajo en equipo.

1. La atención sanitaria integral supone la cooperación multidisciplinaria, la integración de los procesos y la continuidad asistencial, y evita el fraccionamiento y la simple superposición entre procesos asistenciales atendidos por distintos titulados o especialistas.

2. El equipo de profesionales es la unidad básica en la que se estructuran de forma uni o multiprofesional e interdisciplinar los profesionales y demás personal de las organizaciones asistenciales para realizar efectiva y eficientemente los servicios que les son requeridos. [...].

5. Los equipos de profesionales, una vez constituidos y aprobados en el seno de organizaciones o instituciones sanitarias serán reconocidos y apoyados y sus actuaciones facilitadas, por los órganos directivos y gestores de las mismas. Los centros e instituciones serán responsables de la capacidad de los profesionales para realizar una correcta actuación en las tareas y funciones que les sean encomendadas en el proceso de distribución del trabajo en equipo».

«Las dificultades surgidas en la aplicación del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de las enfermeras y enfermeros, con motivo de las diferentes interpretaciones respecto de los ámbitos competenciales de las profesiones afectadas por la misma, precisan, por tanto, de soluciones consensuadas, en este caso, entre quienes son principales representantes de las profesiones médica y enfermera. Dicho acuerdo, materializado en el Foro Profesional, regulado en el artículo 47 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, sirve de base a la presente modificación que se articula en dos ejes principales.

De un lado, las actuaciones de indicación, uso y autorización de dispensación por las enfermeras y enfermeros respecto de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica se desarrollan con un marcado carácter colaborativo y con la finalidad de tratar de garantizar la continuidad asistencial y la seguridad de cualquier paciente. Por ello mismo, será en los protocolos y guías de práctica clínica y asistencial donde deberá figurar necesariamente aquellos supuestos específicos en los que se precisa la validación médica previa a la indicación enfermera, junto con las actuaciones que, en el ámbito de sus respectivas competencias, el personal médico y enfermero habrá de llevar a cabo colaborativamente en el seguimiento del proceso».

El equipo como unidad funcional y la coordinación son elementos vertebradores de la asistencia. El equipo como tal ha sido reconocido por disposiciones como el RD 137/1984, sobre Estructuras Básicas de Salud, art. 3.1: «El conjunto de profesionales sanitarios y no sanitarios con actuación en la Zona de Salud recibe la denominación de Equipo de Atención Primaria». Pero, en muchas ocasiones la atención integral, a pesar de cumplir las condiciones expuestas, no tiene carácter formal y estático. Así sucede en la práctica profesional cotidiana en muchos casos. La LOPS establece algunas novedades sobre la división del trabajo<sup>35</sup>. Dicha división puede ser vertical u horizontal. Pero, el legislador no impone una relación de jerarquía o de

<sup>35</sup> *Vide* Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias, art. 9:

«3. Cuando una actuación sanitaria se realice por un equipo de profesionales, se articulará de forma jerarquizada o colegiada, en su caso, atendiendo a los criterios de conocimientos y competencia, y en su caso al de titulación, de los profesionales que integran el equipo, en función de la actividad concreta a desarrollar, de la confianza y conocimiento recíproco de las capacidades de sus miembros, y de los principios de accesibilidad y continuidad asistencial de las personas atendidas.

4. Dentro de un equipo de profesionales, será posible la delegación de actuaciones, siempre y cuando estén previamente establecidas dentro del equipo las condiciones conforme a las cuales dicha delegación o distribución de actuaciones pueda producirse.

*Condición necesaria para la delegación o distribución del trabajo es la capacidad para realizarlo por parte de quien recibe la delegación, capacidad que deberá ser objetivable, siempre que fuere posible, con la oportuna acreditación».*

subordinación entre unos y otros profesionales, sino que las relaciones se integren en el equipo. Es decir, en primer lugar, opta por criterios de conocimiento y competencia. Por tanto, es la **formación** de los profesionales el criterio más relevante, **junto a las atribuciones profesionales**.

La formación está configurada por la titulación académica y por los conocimientos y competencias adquiridos en la trayectoria profesional. Así lo establece la LOPS, art. 4.6: «Los profesionales sanitarios realizarán a lo largo de su vida profesional una formación continuada, y acreditarán regularmente su competencia profesional». Y lo corrobora, el art. 12.f): «Son principios rectores de la actuación formativa y docente en el ámbito de las profesiones sanitarias: [...] f) La actualización permanente de conocimientos, mediante la formación continuada, de los profesionales sanitarios, como un derecho y un deber de éstos. Para ello, las instituciones y centros sanitarios facilitarán la realización de actividades de formación continuada».

La formación continuada es sustancialmente diferente a la formación general y a la especializada, tal y como lo define la LOPS<sup>36</sup>. Esta formación continuada forma parte del núcleo de conocimientos y competencias de un profesional sanitario, al igual que la experiencia profesional. Es llamativo que la nueva acreditación del RD 954/2015, de 23 de octubre, se haga de modo descoordinado con la formación continuada, la carrera profesional<sup>37</sup>, la evaluación de competencias y los registros

<sup>36</sup> Vide Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias, art. 33: «Principios generales.

1. La formación continuada es el proceso de enseñanza y aprendizaje activo y permanente al que tienen derecho y obligación los profesionales sanitarios, que se inicia al finalizar los estudios de pregrado o de especialización y que está destinado a actualizar y mejorar los conocimientos, habilidades y actitudes de los profesionales sanitarios ante la evolución científica y tecnológica y las demandas y necesidades, tanto sociales como del propio sistema sanitario».

Y sus objetivos son (art. 33.2):

a) Garantizar la actualización de los conocimientos de los profesionales y la permanente mejora de su cualificación, así como incentivarles en su trabajo diario e incrementar su motivación profesional.

b) Potenciar la capacidad de los profesionales para efectuar una valoración equilibrada del uso de los recursos sanitarios en relación con el beneficio individual, social y colectivo que de tal uso pueda derivarse.

c) Generalizar el conocimiento, por parte de los profesionales, de los aspectos científicos, técnicos, éticos, legales, sociales y económicos del sistema sanitario.

d) Mejorar en los propios profesionales la percepción de su papel social, como agentes individuales en un sistema general de atención de salud y de las exigencias éticas que ello comporta.

e) Posibilitar el establecimiento de instrumentos de comunicación entre los profesionales sanitarios».

<sup>37</sup> Vide PÉREZ GÁLVEZ, J.F., "Crisis y revisión en el seno del Servicio Andaluz de Salud: bolsa de empleo y modelo de carrera profesional", en F. BALAGUER CALLEJÓN y E. ARANA GARCÍA (coordinadores), *Libro Homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 1631-1660.

profesionales. No sólo es contraproducente, sino que puede ser calificado de auténtico “sin sentido”, por multiplicar aleatoriamente la tipología de reconocimientos, atribuciones y modalidades de control y transparencia.

Además, el Espacio Europeo de Educación Superior ha posibilitado la consecución de grado, máster y doctorado por todos los profesionales sanitarios titulados. De modo, que un graduado en enfermería podría ser doctor, mientras que un graduado en medicina, no. Y la consecuencia es clara, será la formación, es decir conocimiento y además, competencia, y no sólo el nivel del título académico, la que determine la aplicación de la división del trabajo.

Competencia que la LOPS no ha pretendido definir de forma cerrada entre las distintas profesiones sanitarias, todo lo contrario, pues reconoce que (Exposición de Motivos, apartado II, segundo párrafo) «existe la necesidad de resolver, con pactos interprofesionales previos a cualquier normativa reguladora, la cuestión de los ámbitos competenciales de las profesiones sanitarias *manteniendo la voluntad de reconocer simultáneamente los crecientes espacios competenciales compartidos interprofesionalmente y los muy relevantes espacios específicos de cada profesión*. Por ello en esta ley no se ha pretendido determinar las competencias de unas y otras profesiones de forma cerrada y concreta sino que *establece las bases para que se produzcan estos pactos entre profesionales, y que las praxis cotidianas de los profesionales en organizaciones crecientemente multidisciplinares evolucionen de forma no conflictiva, sino cooperativa y transparente*». De hecho, la jurisprudencia, en ausencia de una previsión legal expresa, acoge el principio de idoneidad o de capacidad real conjugado con el de no exclusividad, de manera que la actuación profesional ha de realizarse de acuerdo con los conocimientos que proporciona la respectiva formación universitaria, evitando, sin embargo, monopolios competenciales, y sin perjuicio del mantenimiento de la competencia esencial que define cada profesión y la diferencia de las restantes profesiones (SSTS: 20 de enero, 26 de septiembre y 24 de octubre de 1997; 26 de mayo de 2000; 30 de abril, 28 de mayo y 21 de diciembre de 2001, entre otras).

Además, la competencia funcional y la posición relativa en el organigrama, servirán de criterios adicionales para la materialización efectiva de las actividades encomendadas. Las competencias asumidas por un profesional son independientes las unas de las otras, aunque se realicen de forma colectiva o sucesiva, una a partir de las anteriores. Además, el personal ostenta competencias que le son genuinamente propias, y las desarrolla en los términos previstos en la legislación vigente<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Vide Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias, art. 4.7: «El ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en esta Ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico, y de acuerdo con los siguientes principios:

A su vez, el organigrama determinará si la relación profesional es vertical u horizontal. Pero, es independiente de la atención sanitaria que se desarrollará en virtud de criterios científicos y técnicos, donde el profesional y el paciente asumen el protagonismo único en la determinación del tratamiento y su ejecución. Es decir, el criterio clínico es autónomo del criterio jerárquico, y sólo está sometido a la *Lex artis ad hoc*, sin que órdenes o mandatos administrativos puedan incidir en el mismo.

En la modalidad horizontal no existe obligación de vigilancia y/o control de un profesional interviniente sobre otro, por aplicación del principio de confianza, salvo que se evidencie una clara falta de diligencia en la actuación profesional. Sin embargo, no está permitido excluir del núcleo obligacional el deber de coordinación, esencia del trabajo en equipo, para la consecución de un fin común.

En todo caso, las *guías de práctica clínica*, los *protocolos* y las *vías clínicas*, delimitan la actuación de todos los intervinientes en el proceso asistencial permitiendo la fiscalización mutua y recíproca, como secuencia lógica de las mismas.

## **2. El personal de enfermería, generalista o especialista, deberá ser titular de la correspondiente acreditación emitida por los órganos competentes de la comunidad autónoma respectiva**

### A. Régimen jurídico de la acreditación: novedades

El Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, establece que «se modifican los requisitos exigidos a las enfermeras y enfermeros para obtener la acreditación, de modo que además

- 
- a) Existirá formalización escrita de su trabajo reflejada en una historia clínica que deberá ser común para cada centro y única para cada paciente atendido en él. La historia clínica tenderá a ser soportada en medios electrónicos y a ser compartida entre profesionales, centros y niveles asistenciales.
  - b) Se tenderá a la *unificación de los criterios de actuación*, que estarán basados en la evidencia científica y en los medios disponibles y soportados en *guías y protocolos de práctica clínica y asistencial*. Los *protocolos* deberán ser utilizados de forma orientativa, como guía de decisión para todos los profesionales de un equipo, y serán regularmente actualizados con la participación de aquellos que los deben aplicar.
  - c) La eficacia organizativa de los servicios, secciones y equipos, o unidades asistenciales equivalentes sea cual sea su denominación, requerirá la existencia escrita de normas de funcionamiento interno y la definición de objetivos y funciones tanto generales como específicas para cada miembro del mismo, así como la cumplimentación por parte de los profesionales de la documentación asistencial, informativa o estadística que determine el centro.
  - d) La continuidad asistencial de los pacientes, tanto la de aquellos que sean atendidos por distintos profesionales y especialistas dentro del mismo centro como la de quienes lo sean en diferentes niveles, requerirá en cada ámbito asistencial la existencia de procedimientos, protocolos de elaboración conjunta e indicadores para asegurar esta finalidad.
  - e) La progresiva consideración de la interdisciplinariedad y multidisciplinariedad de los equipos profesionales en la atención sanitaria».

de la titulación correspondiente se exigirá una experiencia profesional mínima de un año o, en su defecto, la superación de cursos de adaptación adecuados ofrecidos por la Administración sanitaria».

Los requisitos que deben reunir los profesionales de enfermería son los siguientes:

- En el ámbito de los cuidados generales: «Los requisitos que deben reunir las enfermeras y enfermeros para obtener la acreditación para la indicación, uso y autorización de la dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano son los siguientes:

a) Estar en posesión del título de Graduado en Enfermería, de Diplomado en Enfermería, o de Ayudante Técnico Sanitario, o equivalente, y b) cumplir uno de los dos siguientes requisitos: 1) Acreditación de una experiencia profesional mínima de un año. 2) Superación de un curso de adaptación adecuado ofrecido por la Administración sanitaria de manera gratuita»<sup>39</sup>.

- En el ámbito de los cuidados especializados: «los requisitos que deben reunir las enfermeras y enfermeros para obtener la acreditación para la indicación, uso y autorización de la dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano son los siguientes: a) Estar en posesión del título de Graduado en Enfermería, de Diplomado en Enfermería o de Ayudante Técnico Sanitario, o equivalente, así como del título de Enfermero Especialista a que se refiere el artículo 2.1 del Real Decreto 450/2005, de 22 de abril, sobre especialidades de Enfermería, y b) cumplir uno de los dos siguientes requisitos: 1) Acreditación de una experiencia profesional mínima de un año. 2) Superación de un curso de adaptación adecuado ofrecido por la Administración sanitaria de manera gratuita»<sup>40</sup>.

La gran novedad y el cambio cualitativo es haber pasado de exigir en el nuevo texto el cumplimiento de un requisito (además de la titulación): experiencia profesional mínima de un año, o superación de un curso de adaptación gratuito, frente a la exigencia del originario artículo 9 (RD 954/2015) de haber «adquirido las competencias para indicar, usar y autorizar la dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano prevista en el propio anexo de la norma [anexo I, apartado 1.a) o 1.b), dependiendo de si se trata en el segundo supuesto de enfermeros especialistas, que además deberán estar en posesión de la titulación que así lo acredite], mediante la superación del correspondiente programa formativo».

---

<sup>39</sup> *Vide* Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre, Artículo único.Siete, que da nueva redacción al artículo 9.

<sup>40</sup> *Ídem*.



Se otorga carta de naturaleza a una evidencia empírica que determina que la experiencia profesional es aval, más que suficiente, y en el caso del curso, si no se dispone de esa experiencia, se aborta el intento de generar una “nueva industria de formación en prescripción enfermera”, a la que me refería en páginas anteriores.

En todo caso, carece de sentido esta experiencia mínima o curso de adaptación en el supuesto de los medicamentos no sujetos a prescripción médica y productos sanitarios, porque la indicación, uso y dispensación la realizan, sin receta médica cualquier auxiliar de farmacia o cualquier ciudadano que puede adquirirlos pagando su precio. Así lo entendió la Dirección General de Ordenación Profesional en el informe referenciado con anterioridad y que no es necesario reiterar nuevamente.

El procedimiento para la acreditación será establecido por las Comunidades Autónomas<sup>41</sup>, y esta modificación es consecuencia directa de la STC 76/2018, de 5 de julio.

En el caso de los profesionales de enfermería procedentes de la Unión Europea y de terceros países, deberán cumplir las previsiones y los requisitos de acreditación exigidos a los profesionales españoles<sup>42</sup>. Y en este supuesto cobra especial interés la evidencia de la distinta calificación de medicamentos en otros países, con lo cual, sería aconsejable reforzar la formación en el supuesto que no quedase suficientemente acreditada la similitud con nuestra formación y farmacopea nacional.

La oferta formativa podrá ser desarrollada por las comunidades autónomas, las universidades, el Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España y otras entidades profesionales enfermeras que promuevan su desarrollo profesional continuo<sup>43</sup>. Permitirá a las enfermeras y enfermeros la adquisición de las competencias sobre indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano<sup>44</sup>. Se entiende, que de modo gratuito, pues actuarían en

<sup>41</sup> *Ibidem*, artículo único.Ocho, que da nueva redacción al artículo 10.

<sup>42</sup> *Ibidem*, artículo único.Once: «Disposición adicional cuarta. Reconocimiento de acreditación a profesionales de enfermería procedentes de Estados miembros de la Unión Europea y de terceros países.

Podrá reconocerse la acreditación a las enfermeras y enfermeros procedentes de otros Estados miembros de la Unión Europea y de terceros países para la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano, tanto en el ámbito de los cuidados generales como en el ámbito de los cuidados especializados, previa justificación del cumplimiento de las previsiones y de los requisitos de acreditación regulados en el artículo 9.»

<sup>43</sup> *Vide* STC 76/2018, de 5 de 5 de julio, FJ. 4: «No estamos, pues, ante el supuesto de obtención de un título profesional, en los términos de nuestra doctrina (STC 170/2014), en cuanto la acreditación no da lugar a la posesión de un título que habilite para el ejercicio de una profesión o para el acceso a una determinada especialidad profesional, sino exclusivamente para el despliegue de determinadas actividades específicas dentro de la profesión sanitaria de enfermero».

<sup>44</sup> *Vide* Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre, Artículo único.Doce.

nombre y representación de la Administración pública a la que se otorga la responsabilidad para ofrecerlo a los profesionales.

Llegar a la conclusión de que esta “capacitación” tiene una naturaleza distinta de la “formación continuada”, es una aseveración cuestionable<sup>45</sup>. Máxime, cuando en éste, y en otros ámbitos, la necesidad de actualizar, complementar y profundizar, acompaña a todos los profesionales (a los sanitarios también) durante toda su andadura profesional. En el caso del personal médico y de enfermería adquieren las competencias o aptitudes profesionales relativas a los medicamentos y productos sanitarios en una larga e intensa experiencia que se desarrolla, en los hospitales y centros de salud, durante su formación universitaria (graduada; y postgraduada, en el caso de los especialistas).

B. Régimen jurídico de la emisión: novedades. La STC 76/2018, de 5 de julio<sup>46</sup>

La Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2018, de 5 de julio, estima parcialmente el conflicto positivo de competencia interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía contra los artículos 1.1.c); 2.2; 3.2; 8.1; 10; apartados 1 y 3 de la disposición transitoria única; apartados 2 y 4 de la disposición final cuarta; y Anexo II del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros<sup>47</sup>.

El Letrado de la Junta de Andalucía solicita, con invocación del art. 67 LOTC, la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad del apartado 1 del art. 79 TRLGURM. Dicha impugnación se concreta, con carácter exclusivo, en lo dispuesto en

<sup>45</sup> Vide STC 76/2018, de 5 de 5 de julio, FJ. 4: «La regulación no se inserta tampoco en el ámbito de la llamada “formación continuada” de los profesionales sanitarios, regulada en el art. 33 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, dado que la misma, como explícitamente se afirma en la STC 1/2011, FJ 5 “se dirige a actualizar y mejorar las aptitudes necesarias para el desempeño de cada profesión”, es decir, a la mejora y actualización de los conocimientos que ya poseen dichos profesionales, pero no incluye la adquisición *ex novo* de competencias o aptitudes profesionales distintas de las previamente adquiridas para ejercer la profesión para cuyo ejercicio habilita el título, que es precisamente la finalidad de la norma que aquí se examina».

<sup>46</sup> Vide STC 86/2018, de 19 de julio, dictada en el conflicto positivo de competencia n.º 2057/2016, planteado por el Gobierno de Aragón.

<sup>47</sup> Vide STC 76/2018, de 5 de 5 de julio, FJ. 3: «Situados en el ámbito de las bases en materia de sanidad, y en lo que respecta al Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, que se configura expresamente como norma de desarrollo del precitado art. 79 del Texto Refundido, cabe recordar que, aunque razones de estabilidad, certeza y seguridad jurídica, justifican que las bases se regulen, en principio, por ley formal, la doctrina constitucional ha venido admitiendo como excepción, que el Gobierno pueda hacer uso de la potestad reglamentaria, para regular por Decreto alguno de los aspectos básicos de una materia, cuando resulten, por la naturaleza de ésta, complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases (entre otras, SSTC 98/2001, FJ 7; 14/2004, FJ 11; 158/2011, FJ 7; 62/2016, FJ 7; y 21/2017, FJ 3)».

el párrafo quinto del citado precepto, esto es, a la atribución a un órgano estatal de la competencia para la acreditación de los enfermeros, con efectos en todo el Estado; y ello por considerar que dicha acreditación es un acto administrativo puramente ejecutivo o aplicativo, que corresponde a la competencia autonómica. Dicha impugnación no alcanza a la atribución al Gobierno de la potestad reglamentaria en la materia, porque, como literalmente se afirma en el texto de la demanda, “desde la óptica que proporciona la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cabría admitir una regulación reglamentaria del procedimiento de acreditación de los enfermeros, disciplinando aquellos aspectos del mismo que respondan al concepto material de lo básico, con margen para el desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas”<sup>48</sup>.

En otras palabras, la Comunidad Autónoma no pone en cuestión la competencia del Estado ex art. 149.1.16 CE, para disciplinar por vía reglamentaria los aspectos básicos del procedimiento de acreditación de los enfermeros para la indicación, uso y dispensación de medicamentos y productos sanitarios, siempre que dicha habilitación reglamentaria deje un margen de actuación a las Comunidades Autónomas, margen que considera que no ha sido respetado por el Real Decreto 954/2015. La impugnación del Texto Refundido se contrae pues a lo dispuesto en el párrafo quinto del art. 79.1, que atribuye en exclusiva al Estado la acreditación de los enfermeros en todo el territorio.

El ámbito material enjuiciado en esta sentencia es el correspondiente a las bases en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE), que constituye título competencial específico y preferente, que prevalece sobre el referido a la “legislación de productos farmacéuticos”, también previsto en el citado precepto constitucional pero que tiene un objeto y finalidad más alejada de la presente regulación, pues afecta primariamente a la ordenación de los medicamentos en cuanto “sustancias” cuya fabricación y comercialización está sometida al control de los poderes públicos, en orden a garantizar los derechos de los pacientes y usuarios que los consumen (STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 5).

Por todo ello, el establecimiento de los títulos, de las competencias y de la formación exigida para la obtención de esta capacitación profesional, forma parte de la competencia estatal básica en materia de sanidad, en la medida en que tales condiciones han de ser uniformes e iguales para todos los profesionales en todo el territorio español, en cuanto se trata de una actividad directamente vinculada a las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos en cualquier parte del territorio español y está ligada asimismo a la garantía de libertad de circu-

---

<sup>48</sup> Vide Dictamen del Consejo de Estado de 23 de julio de 2015, referencia 483/2015.

lación y establecimiento de estos profesionales y a la libre prestación de los servicios (arts. 139 y 149.1.1 CE).

«No sucede lo mismo, sin embargo, con el acto de comprobación del cumplimiento de tales condiciones, que tiene naturaleza ejecutiva y, en consecuencia, forma parte de las competencias autonómicas en materia sanitaria»<sup>49</sup>. Y continúa afirmando, «si bien el desplazamiento de las competencias autonómicas y su asunción por el Estado en supuestos de supraterritorialidad no está constitucionalmente impedida, sí que reviste un carácter excepcional, pues la regla general, en el caso de competencias ejecutivas como las que en el presente proceso se ponen en cuestión, será su asunción por las Comunidades Autónomas en los casos en que, conforme a la delimitación de competencias en la materia de que se trate, éstas ostenten las competencias de dicha naturaleza».

Por todo ello, el TC reconoce que «el otorgamiento de la acreditación, en cuanto actuación de naturaleza ejecutiva que se limita a certificar el cumplimiento de los mencionados requisitos, forma parte de la competencia autonómica contemplada en el art. 55 de su Estatuto de Autonomía».

De este modo se declara inconstitucional y nula la referencia que se efectúa al “Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad” en el párrafo quinto del art. 79.1 del TRLGUM.

Los artículos 2.2, 3.2 y 8.1 del Real Decreto 954/2015 suponen una concreción específica de lo dispuesto en el párrafo quinto del art. 79.1 TRLGUM, y por tanto, el TC, por las mismas razones expuestas anteriormente, declara que se vulneran las competencias de Andalucía al referirse a la “Dirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad”.

También excede, y atenta contra el ámbito competencial autonómico, el art. 10 y el Anexo II del mismo Real Decreto. Son aspectos de pura gestión no vinculados a específicos objetivos de carácter básico. Lo mismo sucede con la disposición final cuarta, en sus apartados dos y cuatro, que modifica el art. 6.1 c) y el Anexo I del Real Decreto 640/2014, de 25 de julio.

Por todo lo razonado, concluye: «con la declaración de inconstitucionalidad de la referencia al “Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad” del art. 79.1, párrafo quinto TRLGUM y de las referencias a la “Dirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad”, de los arts. 2.2; 3.2 y 8.1 del Real Decreto 954/2015, así como del art. 10, disposición final

---

<sup>49</sup> Vide STC 76/2018, de 5 de 5 de julio, FJ. 4.

cuarta, apartados Dos y Cuatro y Anexo II del dicha norma, resta por determinar el alcance temporal de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad».

Su consecuencia ha sido que el Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre, en su Artículo único. Uno, establece que el apartado 2 del artículo 2 queda redactado del siguiente modo: «2. Para el desarrollo de estas actuaciones, tanto la enfermera o enfermero responsable de cuidados generales como la enfermera o enfermero responsable de cuidados especializados deberán ser titulares de la correspondiente acreditación emitida por el órgano competente de la comunidad autónoma respectiva conforme a lo establecido en este Real Decreto». Y el Artículo único.seis determina la nueva redacción del apartado 1 del artículo 8: «1. Corresponde a la persona titular del órgano competente de la comunidad autónoma respectiva otorgar la acreditación de las enfermeras y enfermeros responsables de cuidados generales y de las enfermeras y enfermeros responsables de cuidados especializados, para la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano con sujeción a los requisitos y procedimiento regulados, respectivamente, en los artículos 9 y 10».

### **3. Indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos de uso humano sujetos a prescripción médica**

En el supuesto del RD 954/2015, art. 3.2, el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2016, ha establecido en el razonamiento jurídico sexto: «Del artículo 3.2 se deduce que la dispensación de medicamentos por los enfermeros está sujeta a una **triple sujeción –diagnóstico, prescripción y sujeción a protocolos o guías- que, en principio se contempla como un todo**. Así la forma de determinarse el previo diagnóstico y prescripción se determinará en esos protocolos o guías pues son documentos que deben recoger el “marco” (cfr. segundo inciso del artículo 3.2) que determinará como debe ser la actuación de los enfermeros en relación al poder de instrucción del médico (cf. Artículo 79.1 de la Ley de garantías)».

Nótese como el Tribunal Supremo hace referencia a “protocolos o guías”, pero curiosamente obvia la expresión “validados”, aunque si identifica el segundo inciso del artículo 3.2.

También debo hacer notar que hace referencia a la “dispensación” Y no es del todo correcto. Debería mencionar la “indicación”, “uso” o “autorización”. Tampoco menciona los productos sanitarios que no se verán afectados. Fuera de este “todo” (que incluye los protocolos), sólo puede actuar el facultativo. Y esto contraviene la realidad, la práctica cotidiana. E incide en un supuesto “poder de instrucción” del médico, que nada tiene que ver con la organización y desarrollo de la actividad

asistencial. Es más, en materia de vacunación, el protocolo validado no puede contravenir el calendario único de vacunaciones, sus indicaciones y recomendaciones, realizadas por expertos. Y éstos serán válidos, con independencia de la validación y publicación de protocolos establecida en el RD 954/2015.

El Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, aborda y rectifica esta situación: «La indicación, uso y autorización para la dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica, por parte de las enfermeras y enfermeros, se verá condicionada, en los términos que establezca cada protocolo y guía de práctica clínica y asistencial, tanto en el ámbito de los cuidados generales como en el de los cuidados especializados, que apruebe la Comisión Permanente de Farmacia del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud validados por la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social».

En su Artículo único. Dos, modifica y establece la nueva redacción del artículo 3:

«Artículo 3. Indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos de uso humano sujetos a prescripción médica.

1. Las enfermeras y enfermeros, en el ejercicio de su actividad profesional, podrán indicar, usar y autorizar la dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica, conforme a los protocolos o guías de práctica clínica y asistencial a los que se refiere el artículo 6, y mediante la correspondiente orden de dispensación.

2. Para el desarrollo de estas actuaciones colaborativas, tanto la enfermera y enfermero responsable de cuidados generales como la enfermera y enfermero responsable de cuidados especializados, deberán ser titulares de la correspondiente acreditación emitida por el órgano competente de la comunidad autónoma respectiva.

Para que las enfermeras y enfermeros acreditados/as puedan llevar a cabo las actuaciones contempladas en este artículo respecto de la administración de estos medicamentos a determinados pacientes, *los protocolos o guías de práctica clínica y asistencial deberán contener necesariamente aquellos supuestos específicos en los que se precisa la validación médica previa a la indicación enfermera*. Asimismo, y con carácter general, los protocolos o guías de práctica clínica y asistencial contemplarán las actuaciones que, en el ámbito de sus respectivas competencias, *el personal médico y enfermero realizarán colaborativamente en el*

*seguimiento del proceso*, al objeto de garantizar la seguridad del paciente y la continuidad asistencial».

La evolución (lo más relevante, además del ámbito competencial) del artículo 3.2, ha sido la siguiente:

- Redacción acordada con la mesa de la profesión enfermera antes de la publicación del RD 954/2015:

«En todo caso, para que los enfermeros acreditados puedan llevar a cabo las actuaciones contempladas en este artículo respecto de los medicamentos sujetos a prescripción médica, deberán haberse validado previamente los correspondientes protocolos o y guías de práctica clínica y asistencial por la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad».

Es decir, opta por una VALIDACIÓN DE PROTOCOLOS O/Y GUÍAS DE PRÁCTICA CLÍNICA ASISTENCIAL.

- La redacción finalmente aprobada por el Consejo de Ministros de 23 de octubre de 2015, tiene el siguiente tenor literal:

«Será necesario que el correspondiente profesional prescriptor haya determinado previamente el diagnóstico, la prescripción y el protocolo o guía de práctica clínica y asistencial a seguir, validado conforme a lo establecido en el artículo 6. Será en el marco de dicha guía o protocolo en el que deberán realizarse aquellas actuaciones, las cuales serán objeto de seguimiento por parte del profesional sanitario que lo haya determinado a los efectos de su adecuación al mismo, así como de la seguridad del proceso y de la efectividad conseguida por el tratamiento».

Se acuerda que, tras el DIAGNÓSTICO, PRESCRIPCIÓN Y VALIDACIÓN DEL PROTOCOLO, SE REALIZARÁ UN SEGUIMIENTO POR PARTE DEL PROFESIONAL SANITARIO PRESCRIPTOR.

- La finalmente adoptada por el Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre, segundo párrafo:

«Para que las enfermeras y enfermeros acreditados/as puedan llevar a cabo las actuaciones contempladas en este artículo respecto de la administración de estos medicamentos a determinados pacientes, *los protocolos*

*o guías de práctica clínica y asistencial deberán contener necesariamente aquellos supuestos específicos en los que se precisa la validación médica previa a la indicación enfermera. Asimismo, y con carácter general, los protocolos o guías de práctica clínica y asistencial contemplarán las actuaciones que, en el ámbito de sus respectivas competencias, el personal médico y enfermero realizarán colaborativamente en el seguimiento del proceso, al objeto de garantizar la seguridad del paciente y la continuidad asistencial».*

SE DETERMINA QUE EN EL PROTOCOLO O GUÍA DE PRÁCTICA CLÍNICA SE CONTENDRÁN NECESARIAMENTE LOS SUPUESTOS ESPECÍFICOS (NO SON TODOS) EN LOS QUE SE PRECISA LA VALIDACIÓN MÉDICA PREVIA A LA INDICACIÓN ENFERMERA.

Es una solución salomónica más cercana al primer texto de los tres reproducidos. Se opta por una validación previa y se omite el seguimiento del médico prescriptor.

Respecto a la orden de dispensación, el Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre, en su Artículo único. Tres, confiere la siguiente redacción al artículo 5:

«Artículo 5. Orden de dispensación.

1. La indicación y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de las enfermeras y enfermeros previamente acreditados sólo se podrá realizar mediante orden de dispensación y en las condiciones recogidas en el párrafo c) del artículo 1 del Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación.

2. Cuando se indique y autorice por la enfermera o enfermero con acreditación la dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano, aquel o aquella deberá incluir en la orden de dispensación, entre sus datos de identificación, el número de colegiación o, en el caso de órdenes de dispensación del Sistema Nacional de Salud, el código de identificación asignado por las Administraciones competentes y, en su caso, la especialidad oficialmente acreditada que ejerza. [...].

*En el caso de medicamentos sujetos a prescripción médica también se incluirá la información correspondiente al protocolo o a la guía de práctica clínica y asistencial en que se fundamenta».*



Parece acertada la formulación adoptada para determinar con precisión quien indica, y sobre todo, la referencia documental (protocolo o guía de práctica clínica) que coadyuva a la *lex artis ad hoc*, pero que en ningún caso, la puede suplir.

Y además, se contempla el avance científico con una previsión que afecta por igual a todas las profesiones. La evidencia empírica demuestra que el desarrollo científico y tecnológico ha impulsado una mayor oferta de servicios profesionales nuevos y más especializados. Esta es una de las razones que desencadenan una mayor complejidad de las relaciones entre profesionales y pacientes. Pues los primeros están obligados a servirse de conocimientos y habilidades cada vez más rigurosos, técnicos y especializados, lo que origina una necesidad de mayor preparación y cualificación. De este modo se acentúa la distancia entre el profesional sanitario y el profano por la condición de experto o técnico que concurre en el primero.

La problemática que se plantea es clara, como también lo es la respuesta, donde la comprobación de la relación entre el resultado dañoso y la conducta negligente, es especialmente compleja cuando se trata de sectores de actividad estrechamente vinculados con el desarrollo *científico y tecnológico* pues en ocasiones se desconoce cómo se desenvuelven con exactitud los procesos causales de las aplicaciones *científicas y tecnológicas*<sup>50</sup>.

Por todo ello, como he indicado anteriormente, al igual que en otras profesiones aunque no se establezca de modo reglado, parece oportuna la inclusión efectuada: «Se introduce un nuevo párrafo f) al apartado 1 del artículo 7 con la siguiente redacción: “f) De manera excepcional, cuando los avances científicos lo pudieran requerir y, ante determinados medicamentos de especial complejidad, los protocolos y las guías de práctica clínica y asistencial podrán prever complementar la formación de las enfermeras y enfermeros”»<sup>51</sup>.

Otra vez se recurre a complementar la formación. No lo dice, pero si no es “formación continuada ad hoc” no sabríamos catalogarla. Se utiliza un circunloquio

---

<sup>50</sup> Vide MARTÍN BERNAL, J. M., *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, La Ley, Madrid, 1998, p. 352: «La doctrina tanto española como extranjera viene distinguiendo entre riesgos típicos y atípicos, entendiéndose que las primeras son aquellas que pueden producirse con más frecuencia en cada tratamiento conforme a la experiencia y al estado del conocimiento científico-técnico actuales. Sobre tal distinción parece que el médico ha de informar de las consecuencias seguras que se producirán por la ejecución de cada tratamiento específico o intervención, y que sean relevantes o de importancia para el caso concreto de que se trate». En la p. 362 concluye: «Desde la dimensión negativa habría que excluir del deber de información del médico las consecuencias o riesgos excepcionales o atípicos, es decir, aquellos que -de acuerdo con la ciencia y experiencia médicas- no son previsibles». En la p. 731 determina la interrelación entre derecho y técnica: «De nada serviría, como ha resaltado García Trevijano, el esqueleto jurídico del Derecho sanitario si no tuviéramos la actuación práctica, técnica, de la Sanidad; y de nada servirían los conocimientos técnicos si al mismo tiempo no se arbitrasen los medios jurídicos necesarios para actuarlos».

<sup>51</sup> Vide Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre, Artículo único.Cinco.

(lo hace el texto normativo, y lo hace el Tribunal Constitucional) para no llamar por su nombre a lo que es: formación continuada.

#### 4. Vigencia de los protocolos y guías de práctica clínica existentes a la entrada en vigor del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, y periodo de validación establecido en el Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre

##### A. Régimen general

El Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, establece el régimen jurídico de la elaboración y validación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial para la indicación, uso y autorización de dispensación por parte de los enfermeros de medicamentos sujetos a prescripción médica. Por tanto, sólo afecta a los mismos.

Los demás protocolos y guías de práctica clínica no se verán afectados, a diferencia de los regulados en el RD 954/2015, sobre los que he planteado interrogantes.

Lo cierto es que el Consejo de Estado ha explicado el sentido de esta precaución. (Dictamen del 23 de julio de 2015, (VI. Observaciones al Proyecto): **los enfermeros no pueden prescribir medicamentos, pues esta función está reservada por el legislador a otras profesiones sanitarias**; y, en segundo lugar, que su intervención –por medio de la indicación y la orden de dispensación– en actividades relacionadas con los medicamentos sujetos a prescripción médica **sólo podrán producirse cuando existan, esto es, cuando se aprueben por el procedimiento que este Proyecto regula, los protocolos y guías de actuación** que mencionan el artículo 77 y la disposición adicional 12ª de la Ley 29/2006». Para reiterar posteriormente: «Es decir, que **sin esos protocolos no será posible que los enfermeros desarrollan esas nuevas competencias** y, en lógica consecuencia, **hasta que aquellos no se aprueben, no podrá entrar en juego el apartado 4 de la disposición transitoria única del Proyecto o la acreditación que contempla** habrá de quedar en suspenso en la parte relativa a los medicamentos de uso humano sujetos a prescripción médica en tanto se apruebe el correspondiente protocolo o guía». Y para dejarlo todavía más claro: «En cualquier caso, ya que, según se ha indicado, **las competencias de los enfermeros previstas en el proyectado artículo 3 sólo podrán desplegarse previo protocolo y guía validado por la Administración del Estado, [...]**».

El Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por

parte de los enfermeros, establece como ha sido expuesto (el nuevo RD lo reitera en su justificación inicial y en el art. 3.2):

«De un lado, las actuaciones de indicación, uso y autorización de dispensación por las enfermeras y enfermeros respecto de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica se desarrollan con un marcado carácter colaborativo y con la finalidad de tratar de garantizar la continuidad asistencial y la seguridad de cualquier paciente. Por ello mismo, será en los protocolos y guías de práctica clínica y asistencial donde deberá figurar necesariamente aquellos supuestos específicos en los que se precisa la validación médica previa a la indicación enfermera, junto con las actuaciones que, en el ámbito de sus respectivas competencias, el personal médico y enfermero habrá de llevar a cabo colaborativamente en el seguimiento del proceso.

Pero, también queda claro, que sólo afecta a indicación y autorización respecto de las nuevas atribuciones (y no todas). No afectaría, por tanto, a las que venían desarrollando. Si no "indican" o "autorizan", sino que lo hacen las autoridades sanitarias, los enfermeros no incumplen el mandato normativo. Tampoco afecta al "uso". Esta es la clave para entender la nueva situación.

Los reglamentos carecen de eficacia retroactiva con determinadas excepciones (disposiciones meramente aclaratorias o interpretativas; disposiciones favorables a los particulares, reglamentos de organización). Por tanto, hasta la elaboración y publicación de los contemplados en el RD 954/2015, en nada se ha innovado el ordenamiento jurídico. Y en cuanto a la imposibilidad de aplicar el nuevo régimen jurídico de la nueva disposición, hasta que no se publiquen, debo advertir de las consideraciones que ha efectuado el Consejo de Estado. En todo caso debo recordar el contenido del art. 1.3 del Código Civil que establece: «la costumbre sólo regirá en defecto de la ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre». Este precepto tiene eficacia general y, en principio, despliega sus efectos en este sector del ordenamiento jurídico.

La consecuencia inmediata de la opción que mantengo implica que las guías o protocolos, como requisito normativo esencial, no impiden al profesional desarrollar su trabajo, en aquellas tareas o actividades que no supongan nuevas atribuciones. El Real Decreto Legislativo 1/2015, art. 79, y el Real Decreto 954/2015, art. 3.2, los exigen, pero con la naturaleza y condiciones explicitados. Lo contrario nos llevaría al absurdo de impedir el ejercicio profesional.

El Real Decreto Legislativo 1/2015 ordena al Gobierno que, mediante Real Decreto, desarrolle el procedimiento de aprobación de protocolos y guías, pero esto no implica que se impida la totalidad del ejercicio profesional vigente. Además, los protocolos y guías de práctica clínica forman parte de la organización de los dispositivos de atención sanitaria, en muchos casos, competencia autonómica. Es cuestionable (deficiente técnica jurídica y desconocimiento del sector) que se pueda exigir el cumplimiento de una norma jurídica **non nata**, y por el contrario, impedir el ejercicio de la actividad material que se venía desarrollando sin explicitarlo de modo expreso. Y esta opción, es la que ha configurado el RD 954/2015. Debo recordar que tal y como establece el Código Civil, art. 3.1: «Las normas se interpretarán en el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en el que hayan de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». Y efectúo este recordatorio, porque hay materias sensibles que se ven afectadas.

Por este motivo, el Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre, aborda esta cuestión en la Disposición transitoria única: «Con carácter excepcional y hasta tanto se produzcan la aprobación y validación de los protocolos y guías de práctica clínica y asistencial, o, en todo caso, hasta cumplirse el plazo máximo previsto en la disposición adicional segunda de este Real Decreto, las enfermeras y enfermeros que hayan desarrollado funciones de indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano como consecuencia de la aplicación de normativa autonómica vigente sobre la materia, podrán seguir aplicando los referidos protocolos y guías en los términos establecidos en la normativa autonómica por la que accedieron al ejercicio de dichas competencias».

El Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre, establece en la Disposición adicional segunda: «Aprobación y validación de los protocolos y guías de práctica clínica y asistencial. En el plazo máximo de dos años a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto, deberán quedar aprobados y validados los protocolos y guías de práctica clínica y asistencial, conforme a lo previsto en el capítulo III del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre».

Si se supera el plazo, y no se aprueban y validan los nuevos, la situación será la descrita, hasta el momento en el que estén operativos.

### B. Campañas de vacunación

La vacunación es una referencia inexcusable en el tratamiento jurídico de esta materia por las implicaciones profesionales que conlleva. No es mi propósito estudiar esta cuestión de modo singular<sup>52</sup>. Pero, si deseo incidir en que tradicionalmente se

<sup>52</sup> Vide BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “Vacunas obligatorias y recomendaciones: régimen legal y derechos afectados”, en *Derecho y Salud*, Vol. 22, 1 (2012), pp. 9-30; CIERCO SEIRA, C., *Vacunación, liber-*

ha considerado que existe una potestad administrativa para disponer vacunaciones obligatorias en situaciones especiales. El Auto de 24 de noviembre de 2010, del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 5 de Granada (Ar. 841) o la SAN de 29 de septiembre de 2010 (Ar. 787) son un buen ejemplo. Régimen que no ha sido totalmente precisado en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de Salud Pública, aunque sí ha modificado el art. 11.2 de la LCCSNS: «2. La prestación de salud pública incluirá, asimismo, todas aquellas actuaciones singulares o medidas especiales que, en materia de salud pública, resulte preciso adoptar por las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias, cuando circunstancias sanitarias de carácter extraordinario o situaciones de especial urgencia o necesidad así lo exijan y la evidencia científica disponible las justifique». En el apartado 3 precisa: «Las prestaciones de salud pública se ejercerán con un carácter de integralidad, a partir de las estructuras de salud pública de las Administraciones y de la infraestructura de atención primaria del Sistema Nacional de Salud».

Cada Comunidad Autónoma puede establecer su propio calendario oficial de vacunaciones sistemáticas, calendarios que frecuentemente están sometidos a modificaciones al objeto de actualizarlos conforme a los criterios epidemiológicos manejados por las respectivas autoridades sanitarias. Corresponde a las Comunidades Autónomas la competencia en materia de sanidad interior e higiene (art. 148.1.21<sup>a</sup> CE), y por tanto están plenamente habilitadas. Además, es una materia que afecta al interés general (STSJ de Cataluña de 28 de marzo del 2000, Ar. 204924): «La convivencia en un Estado Social y democrático de Derecho supone, no sólo el respeto de los derechos fundamentales a título individual, sino también que su ejercicio no menoscabe el derecho del resto de la sociedad que se rige por unas pautas de conducta que persiguen el interés general».

Y respecto de que tipo de personal sanitario debe actuar, es de interés recordar lo que establece el Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 5 de Granada: «Cuando en el caso concreto se constata que se encuentra comprometido e derecho a la integridad física, el Tribunal Constitucional se ocupa de exponer los requisitos necesarios para que la medida se encuentre constitucionalmente justificada: que se persiga un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción se encuentre amparada por una norma de rango legal (principio de legalidad); que sea acordada judicialmente pero sin descartar que la ley pueda habilitar a otros sujetos por razones de urgencia o necesidad; motivación de la resolución que la acuerde; y, finalmente, proporcionalidad de la medida de manera que el sacrificio que la medida, idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, no implique un sacrificio desmedido. A estos condicionantes se añade una última limitación que opera

---

*tades individuales y derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018; CIERCO SEIRA, C., “De la vacunación y el Derecho Administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 193 (2018), pp. 9-19.

*tanto en el momento aplicativo como en el legislativo: “la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características” [...]».*

Parece desprenderse del auto, que a sensu contrario, en el supuesto de intervenciones no graves, se podrá ejecutar por personal sanitario no facultativo. Y esta afirmación viene avalada por disposiciones como la Orden del Consejero de Salud del Gobierno Vasco de 4 de octubre de 2016, donde se afirma:

«[...] En cumplimiento de esta previsión, la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con fecha 18 de septiembre de 2015, aprobó las recomendaciones de vacunación frente a la gripe para la temporada 2015-2016.

Así mismo, en la Comunidad Autónoma de Euskadi, el Consejo Asesor de vacunaciones, en su sesión de 20 de septiembre de 2016, ha concretado la población y los grupos de riesgo a los que se recomienda [...].

En este sentido, las recomendaciones están dirigidas fundamentalmente a proteger a las personas que tienen un menor riesgo de presentar complicaciones [...].

La vacunación, unida a las dosis, grupos de población y fechas recomendadas para su administración, se notifica a todo el personal sanitario para que, *conforme a las pautas y procedimientos previamente establecidos, se proceda a su administración por parte del personal de enfermería.*

Si bien, las recomendaciones de vacunación antigripal, juntamente con los *protocolos y procedimientos para su administración*, se encuentra a disposición de toda la ciudadanía a través de la página web del Departamento de Salud [...].».

Dicho de otro modo, la Administración pública competente determina la administración de una vacuna, conforme a las indicaciones, dosis y procedimientos contenidos en los protocolos y guías de actuación. Es decir, no sería necesaria una previa indicación/prescripción individualizada, con carácter general, y por tanto el protocolo de vacunación sería suficiente para entender otorgada la misma. Esto tiene una operatividad práctica sobre la mecánica administrativa y el trabajo desarrollado por el personal de enfermería<sup>53</sup>. Y es consecuencia del régimen jurídico de los medicamentos especiales (cuestión que ya ha sido abordada parcialmente).

<sup>53</sup> *Vide* Posicionamiento SESPAS 03/2016, *Responsabilidades individuales y colectivas de las instituciones, los profesionales y la población en relación a las vacunas*, de 19 de septiembre de 2016: «9. Aunque existe un ca-

La Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, establece en su art. 19, que el Consejo Interterritorial deberá acordar un calendario único de vacunaciones para todo el Estado. Esta previsión legal se materializa mediante la determinación de las vacunas a administrar a los ciudadanos, conforme a las indicaciones y recomendaciones realizadas por los expertos. Se precisa el colectivo de personas para las que se indica cada una de las vacunas y, formalmente, el resultado se concreta en la aprobación del calendario de vacunaciones o, en su caso, según la tipología de vacuna que sea, la aprobación de la campaña en cuestión.

Desde el momento en que la autoridad sanitaria decide poner en marcha el sistema/mecanismo de vacunación, la administración conforme a las indicaciones, dosis y procedimientos contenidos en los protocolos y guías de actuación debe ser considerada garantía suficiente. La indicación clínica realizada por la Administración y autoridad sanitaria a propuesta de un órgano colegiado constituido por expertos, otorga carta de naturaleza y legitimidad a la práctica de la misma. Está indicando y autorizando y no afecta a una "atribución nueva", sino a las que se venían ejerciendo. Además, su aprobación corresponde al consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, a propuesta de la Comisión de Salud Pública, y afecta a todas las Comunidades Autónomas con el objetivo de hacer efectivas las vacunaciones comunes a las mismas edades. El mismo se publica en el BOE para general conocimiento de todos los interesados<sup>54</sup>.

En este supuesto, el contenido de los arts. 6 y 7 del Real Decreto 954/2015, debía adecuarse a las previsiones del calendario común de vacunación infantil acordadas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, y no lo hizo.

El Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre, en su Artículo único. Dos, modifica y establece la nueva redacción del artículo 3.3: «Salvo en aquellos casos en los que un paciente, en atención a sus condiciones particulares, precise de una valoración médica individualizada, la administración de las vacunas contempladas en el calendario vacunal y aquellas tributarias de campañas de salud que se determinen por las autoridades sanitarias, sólo precisará de la correspondiente orden de dispensación».

Se ha impuesto, también en este apartado, el sentido común.

---

alendarlo común, las administraciones autonómicas son también competentes para establecer calendarios vacunales propios en su jurisdicción y, como autoridades sanitarias tienen la responsabilidad sobre los recursos necesarios para su operatividad. No obstante, se deberían establecer unos principios y procedimientos de aplicación común en todo el Estado».

<sup>54</sup> Vide Resolución de 24 de julio 2013, publica el Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre el calendario común de vacunación infantil.

#### IV. FINAL

La aplicación del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, generó dificultades en su aplicación y dio pie a una alarma profesional y social innecesaria. Generó colisión competencial entre Administraciones, entre profesionales (en la práctica no existía) y se alejaba de una opción consensuada.

Desde el punto de vista de la profesión de enfermería los sometía a una acreditación y una formación adicional que también se alejaba de una realidad incontestable: la existencia de un grado universitario consolidado, especialización, y un coste adicional para hacer frente a la formación y al seguro de responsabilidad civil que atentaba contra valores constitucionales consagrados.

Para la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte del personal de enfermería no se adquiere un nuevo título profesional, sino sólo se aumentan las atribuciones legales, que es cosa distinta.

En ningún caso se otorga la posibilidad de prescribir a los enfermeros, pero se posibilita que apliquen capacidades para las que han sido formados, con el control exigible a las profesiones que atienden y cuidan a las personas cuando han perdido la salud, o simplemente, intentan mantenerla (ej. Vacunación).

Se ha impuesto la racionalidad (simplifica la acreditación, evita hacer negocio con la formación y modula mejor el contenido de los protocolos, para los que establece un plazo) y el sesgo colaborativo interprofesional, para garantizar la continuidad asistencial y la seguridad de los pacientes. Simplifica el ordenamiento jurídico y evita una innecesaria dispersión normativa.

Deja muy tocada la disposición inicial (el RD de 2015), y pone en tela de juicio el buen hacer de la Administración cuando acometió esta iniciativa, en los términos expuestos. Para llegar a este punto, se deberían haber evitado daños colaterales, que no han sido precisamente de baja intensidad. El desconcierto de los pacientes y de los profesionales, así lo atestiguan.

En el futuro será objeto de abordaje la necesidad, o no, de modificar la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, para reconocer, o no, por ley, la capacidad prescriptora del personal de enfermería, en relación con aquellos medicamentos y productos sanitarios, en patologías que diagnostican, y que precisan para prestar sus servicios a la población de modo directo e inmediato. La evolución demográfica de nuestro país<sup>55</sup> y el déficit de facultativos<sup>56</sup> modulará una decisión, que hoy, se antoja, de muy difícil aplicación.

---

<sup>55</sup> Vide PÉREZ GÁLVEZ, J.F. (dir.), *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015; PÉREZ GÁLVEZ, J.F. (dir.), *Reconstrucción y gestión del sistema de salud*, Comares, Granada, 2015.

<sup>56</sup> Vide PÉREZ GÁLVEZ, J.F., "Prólogo", en PÉREZ GÁLVEZ, J.F. (dir.), *Profesionales de la salud. Problemas jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 13-15.



## V. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Vacunas obligatorias y recomendaciones: régimen legal y derechos afectados”, en *Derecho y Salud*, Vol. 22, 1, (2012).

CIERCO SEIRA, C., *Vacunación, libertades individuales y derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

CIERCO SEIRA, C., “De la vacunación y el Derecho Administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 193 (2018), pp. 9-19.

QUADRA-SALCEDO, T. de la, “La regulación de la publicidad de los medicamentos de uso humano”, en AAVV, *Derecho de la sanidad y los medicamentos: seis estudios*, Ministerio de Sanidad, Madrid, 1999.

GARCÍA VIDAL, Á., *La promoción de medicamentos dirigida a profesionales sanitarios: estudio desde la perspectiva del derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

MARTÍN BERNAL, J. M., *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, La Ley, Madrid, 1998.

PÉREZ GÁLVEZ, J.F., *Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios*. Bosch, Barcelona, 2003.

PÉREZ GÁLVEZ, J.F., “Crisis y revisión en el seno del Servicio Andaluz de Salud: bolsa de empleo y modelo de carrera profesional”, en F. BALAGUER CALLEJÓN y E. ARANA GARCÍA (coordinadores), *Libro Homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

PÉREZ GÁLVEZ, J.F. (dir.), *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015.

PÉREZ GÁLVEZ, J.F. (dir.), *Reconstrucción y gestión del sistema de salud*, Comares, Granada, 2015.

PÉREZ GÁLVEZ, J.F., “La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”, en J.F. PÉREZ GÁLVEZ (dir.), *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015.

PÉREZ GÁLVEZ, J.F., “Personal sanitario y salud electrónica: perspectiva y retos pendientes”, en J.F. PÉREZ GÁLVEZ (dir.), *Salud electrónica (Perspectiva y realidad)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

PÉREZ GÁLVEZ, J.F., “Prólogo”, en J.F. PÉREZ GÁLVEZ (dir.), *Profesionales de la salud. Problemas jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

PÉREZ GÁLVEZ, J.F., *Prescripción, indicación, uso, autorización y dispensación de medicamentos y productos sanitarios*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2017.

PÉREZ GÁLVEZ, J.F. (dir.), *La seguridad del paciente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

RUBIA VILA, F.J., (coordinador), *Libro Blanco sobre el Sistema Sanitario Español*, Academia Europea de Ciencias y Artes, Madrid, 2011.

TORRES LÓPEZ, M.A., “La publicidad directa al público de los medicamentos con receta: el justo equilibrio entre los beneficios y riesgos”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109 (2017).

VIDA FERNÁNDEZ, J., *Concepto y régimen jurídico de los medicamentos*, Tirant, Valencia 2015.

# El derecho a la eutanasia

*Juan Alejandro Martínez Navarro*

Profesor Sustituto Interino

Doctor en Derecho

Universidad de Almería

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA DIGNIDAD COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS DEL PACIENTE. 1. La dignidad y los derechos del paciente. 2. La dignidad en el proceso de muerte. III. EL CONCEPTO DE EUTANASIA. 1. Concepto. 2. Diferencia con figuras afines. 3. Diferencia con otros derechos del paciente. A. Derecho a rechazar el tratamiento y al alta voluntaria. B. Derecho a un proceso de muerte digna. Derecho a la sedación terminal. IV. NATURALEZA JURÍDICA. V. CLASIFICACIÓN. VI. GRUPO NORMATIVO REGULADOR. 1. La eutanasia en el derecho comparado. A. La regulación de la eutanasia en América. B. La regulación de la eutanasia en Europa. 2. La regulación de la eutanasia en España. A. La proposición de Ley Orgánica sobre eutanasia en España. B. El derecho a la eutanasia. C. Los derechos de los pacientes al servicio de la política. Las garantías del derecho a la eutanasia. VII. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: La práctica eutanásica ha generado en las últimas décadas un importante conflicto social en todos los ámbitos: político, filosófico, ético, religioso, y especialmente jurídico. Este estudio versa sobre el nuevo impacto jurídico que supondrá la aprobación definitiva de la actual proposición de Ley Orgánica sobre la eutanasia, a partir de un enfoque del derecho comparado, y estableciendo los principales puntos conflictivos que se desprenden de la nueva regulación.

PALABRAS-CLAVE: Eutanasia. Suicidio Médicamente Asistido. Dignidad. Derechos del paciente.

ABSTRACT: The practice of euthanasia has generated in the last decades an important social conflict in all areas: political, philosophical, ethical, religious, and especially legal. This study is about the new legal impact that the final approval of the current bill on euthanasia will imply, based on a comparative law approach, and establishing the main points of conflict that arise from the new regulation.

KEY-WORDS: Euthanasia. Medically Assisted Suicide. Dignity. Patient's rights.

---

Recibido: 21/10/2018.

Aceptado: 9/11/2018.

## I. INTRODUCCIÓN

El debate en torno a la vida y la muerte ha regido al ser humano desde sus inicios. En la actualidad, la muerte sigue generando un imponente respeto que se refleja en el más puro temor. Ernst Bloch identifica la muerte como «el más duro rechazo de la utopía». Un fenómeno implacable que supone «un roce con aquella nada que la traza utópica absorbe en el ser»; y donde «no hay ningún devenir y ningún triunfo»<sup>1</sup>.

En la actualidad, la muerte y toda la relevancia que le rodea se ve reflejada en el debate social existente en torno a uno de los elementos más controvertidos en todos los ámbitos, la eutanasia.

Durante los últimos meses, se ha reavivado en España el debate político y jurídico alrededor del derecho a la disponibilidad de la propia vida en situaciones de grave discapacidad o situaciones de final de vida. Asimismo, se trata de una cuestión también abordada recientemente por el Parlamento Europeo<sup>2</sup>.

La eutanasia, también conocida como «muerte digna», supone afrontar un debate social, religioso, político, ético y jurídico alrededor de la decisión autónoma y voluntaria de morir. Jurídicamente hablando, la eutanasia admite un choque frontal con uno de los bienes jurídicos más preciados y protegidos, la vida. Sin embargo, para algunos autores, representa todo lo contrario. La eutanasia se puede entender, de este modo, como el mayor goce del derecho a la vida.

En Occidente, la mayoría de los países se encuentran sometidos al debate jurídico y político que suponen las prácticas eutanásicas. En el caso de España, recientemente se ha decidido afrontar este complejo tema mediante el desarrollo de una proposición de Ley Orgánica que permita despenalizar estos procedimientos, y garantizar la eutanasia como un derecho de todo paciente.

## II. LA DIGNIDAD COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS DEL PACIENTE

### 1. La dignidad y los derechos del paciente

Durante las últimas décadas el principio de la dignidad humana ha adquirido una gran importancia en el marco jurídico y médico.

---

<sup>1</sup> BLOCH, E., *El principio esperanza*, Trotta editorial, 2007, p. 12.

<sup>2</sup> COLEGIO DE MÉDICOS DE BARCELONA, “La asistencia a personas en situaciones de final de vida”, *Documento de Posición del Colegio de Médicos de Barcelona*, 2018, p. 1.

El reconocimiento de la dignidad de las personas supuso la posterior garantía de los derechos humanos en general, y los derechos del paciente en particular<sup>3</sup>. La identificación de estos derechos inviolables fue posible gracias a la difusión del valor de la dignidad humana por Occidente. De este modo, los derechos humanos encuentran su base en el valor esencial que representa la dignidad humana<sup>4</sup>; la cual es, en efecto, «el valor fundante, la matriz de todos los valores»<sup>5</sup>. Como valor que otorga sentido al resto de derechos humanos, cabría decir que la dignidad se encuentra en un nivel superior a éstos<sup>6</sup>. De igual modo, podríamos vincular la dignidad humana con los derechos del paciente<sup>7</sup>.

Como esencia de los derechos humanos, la dignidad ha estado vinculada a éstos desde sus orígenes, quedando reflejada en la totalidad de los documentos o normas que los regulan a partir de la II Guerra Mundial, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, donde este valor esencial adquiere mención especial. Así lo establece la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>8</sup>, y la Unión Europea en su principal normativa<sup>9</sup>. Hoy día es complicado encontrar algún texto que contenga derechos humanos y no trate la dignidad humana<sup>10</sup>, lo que demuestra que es y debe ser tomada en consideración a la hora de regular y aplicar los derechos humanos y los derechos del paciente.

<sup>3</sup> PÉREZ GÁLVEZ, J.F., “Aseguramiento y protección del derecho a la intimidad del paciente cuando es atendido en presencia de alumnos, residentes en formación o profesionales en estancia formativa o prácticas”, en J.F. PÉREZ GÁLVEZ, *La seguridad del paciente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 24: «Los derechos de los pacientes constituyen un eje básico de las relaciones clínico-asistenciales y se pone de manifiesto al constatar el interés que han demostrado por los mismos casi todas las organizaciones internacionales competentes en la materia».

<sup>4</sup> En palabras de nuestro TC, el principio de la dignidad humana es el «pértico de los demás valores o principios (STC 337/91 FJ 12º)».

<sup>5</sup> PANEA MÁRQUEZ, J.M., “La imprescindible dignidad”, en A. RUIZ DE LA CUESTA (coord.), *Bioética y derechos humanos. Implicaciones sociales y jurídicas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, p. 18.

<sup>6</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “La dignidad como fundamento de los derechos: especial referencia al derecho a la vida”, en L. FEITO, *Bioética: La cuestión de la dignidad*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, p. 88.

<sup>7</sup> Por ejemplo, la Declaración para la promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, firmada en Ámsterdam (1994), establece como primer objetivo: «Reafirmar los derechos fundamentales humanos en el apartado de la atención sanitaria, y en particular proteger la dignidad e integridad de la persona, así como promover el respeto del paciente como persona».

<sup>8</sup> La Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 1: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

<sup>9</sup> Vide Tratado de la Unión Europea, art. 2 y Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 1.

<sup>10</sup> SERNA BERMUDEZ, P., “La Dignidad Humana en la Constitución Europea”, en *Persona y Derecho*, núm. 52 (2005), pp. 15-22.

En nuestro ordenamiento, la dignidad queda regulada en el art. 10.1 CE<sup>11</sup>. Al respecto el TC, en la sentencia 53/1985 (sentencia relativa a la despenalización del aborto), establece que «junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona» (FJ 8º).

Por otro lado, en la STC 120/1990, el Tribunal argumenta que «proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10 implica que, en cuanto “valor espiritual y moral inherente a la persona”, la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre». Continúa indicando que constituye «un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la pena» (FJ 4º).

A pesar de todos los documentos jurídicos y jurisprudencia relativa a este término, es evidente que la dignidad, como otros grandes conceptos, desborda al Derecho que no es capaz de captar toda su magnitud<sup>12</sup>. Aun hoy día no hay una definición clara de este término<sup>13</sup>. La dignidad como valor es atribuible al hombre por el simple hecho de serlo, sin embargo, el concepto de hombre ha sufrido variaciones a lo largo del tiempo. El concepto de hombre/persona desde una perspectiva religiosa<sup>14</sup>, como especie elegida, ha sido sustituido por un concepto más relacionado con aspectos

<sup>11</sup> Constitución Española, art. 10.1: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

<sup>12</sup> PEREIRA-MENUAT, A.C. y PEREIRA SÁEZ, C., “De nuevo sobre la dignidad humana”, en *Cuadernos de Bioética*, XXV (2014), p. 241.

<sup>13</sup> D’AGOSTINO, F., “La dignidad humana, tema bioético”, en A. M. GONZÁLEZ y otros, *Vivir y morir con dignidad*, Eunsa, Pamplona, 2002, p. 27. D’Agostino considera que el término «tendría que ser constantemente *re-semantizado*, para adaptarlo a la rápida mutación de los contextos culturales y de la experiencia».

<sup>14</sup> MARTÍNEZ MORA, N., “La dignidad de la persona ante el desafío de la biotecnología”, en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Vol. 1, 1 (2008), p. 152: «En efecto, el concepto de persona fue elaborado en sus comienzos en el marco del pensamiento teológico cristiano y poco a poco fue trascendiendo ese marco teológico para aposentarse en el antropológico y en el jurídico. Aunque el concepto de “persona” es, sin duda, la aportación más importante de la reflexión cristiana a la historia del pensamiento, ello no significa que el concepto de persona le pertenezca o sea patrimonio exclusivo del cristianismo. [...] ¿Qué es lo que aporta el cristianismo al concepto de persona y con ello a la historia del pensamiento? En mi opinión, dos cosas: En primer lugar, clarifica y delimita con precisión el ámbito de referencia (extensión y comprensión) del concepto: La expresión “persona” se utiliza para referirnos exclusivamente a los seres humanos siendo aplicable sólo a los individuos racionales, excluyendo cualquier otra cosa o realidad cósmica irracional. La persona adquiere con ello una nueva dimensión “descosificando” el contenido que le habían asignado los pensadores griegos. Aquí tendría pleno sentido la clásica definición que ya en el siglo VI hizo BOECIO, para quien “persona” es “*rationalis naturae individua sustancia*” (sustancia individual de naturaleza racional). En

biológicos donde es difícil distinguir al hombre de otros seres vivos a los que no les atribuimos dignidad alguna<sup>15</sup>. En este sentido se pronuncia Max Scheler, para quien hasta que no tengamos claro qué es el hombre para el hombre difícilmente podremos establecer una definición de dignidad.

Debe ser aclarado que es frecuente encontrar dos formulaciones básicas de la dignidad: «una de tradición judeo-cristiana, que apela a la *imago Dei* inscrita en el hombre, y otra de raíz kantiana fundamentada en la autonomía del hombre, habitual en nuestro entorno cultural»<sup>16</sup>.

Finalmente, a pesar de la dificultad que supone definir este principio y la disparidad de definiciones aportadas por la doctrina, nuestro Tribunal Constitucional define la dignidad como «un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás»<sup>17</sup>.

En conclusión, entiendo imperativo hacer referencia, aunque sea de forma sucinta al principio de dignidad. Su esencia de valor inspirador del resto de derechos del paciente lo sitúan, en mi opinión, fuera de cualquier agrupación de éstos, y a la vez formando parte de cada uno. Nos encontramos pues ante el principio jurídico más básico<sup>18</sup>, aquel que le da fundamento al resto de derechos del paciente.

## 2. La dignidad en el proceso de muerte

En la declaración publicada en 1993 por el Foro Mundial de la Salud, basada en la experiencia en Bolonia sobre personas con cáncer avanzado, se reportó que unas veinticinco mil personas les solicitaron a sus médicos garantías para morir si en un determinado momento su tratamiento les resultase insufrible. Una de las conclusiones del estudio indicó que los pacientes sentían una pérdida de su dignidad entre un 50 % y 60 % y una manifestación de dolor entre un 40 % y un 50 %. El dolor y la pérdida de la dignidad humana son, entonces, los factores que nos permiten razonar sobre el umbral del sufrimiento al final de la vida del ser humano<sup>19</sup>.

---

el cristianismo se produce por primera vez la identidad – recogida en la definición de BOECIO–, entre “ser hombre” y “ser persona”».

<sup>15</sup> SPAEMANN, R., “Sobre el concepto de dignidad humana”, en C. MASSINI y P. SERNA, *El derecho a la vida*, Eunsa, Pamplona, 1998, p. 106. Esta reducción del hombre a ser natural es, en palabras de Spaemann, la mayor vulneración de la dignidad.

<sup>16</sup> PEREIRA-MENUAT, A.C. y PEREIRA SÁEZ, C. (2014: 234-235).

<sup>17</sup> *Vide* STC 53/85, de 11 de abril.

<sup>18</sup> APARISI MIRALLES, A., “En torno al principio de la dignidad humana (a propósito de la investigación con células troncales embrionarias)”, en *Cuadernos de Bioética*, 2 (2004), p. 282.

<sup>19</sup> BAUM, E., “Perspectivas bioéticas. Eutanasia, empatía, compasión y Derechos Humanos”, en *Rev. Bio y Der*, núm. 39 (2017), pp. 16-17.

Los avances en medicina y otras ciencias o tecnologías afines han permitido la prolongación de la vida, a veces, a partir del mantenimiento de las funciones vitales hasta límites extremos. A esto debemos añadir el aumento de la esperanza de vida y el envejecimiento de la población, lo que ha generado a un incremento de enfermedades crónicas, degenerativas o irreversibles que, en ocasiones, llevan al enfermo a una situación terminal incurable y con un alto sufrimiento personal y familiar. Por otro lado, la creciente repercusión de la autonomía personal ha modificado las bases de la relación médico-paciente. De tal modo que la decisión personal del paciente prevalece en todo caso y durante todo el proceso de la muerte. Por todas estas cuestiones, el debate relacionado con el proceso de muerte ha adquirido gran relevancia en nuestra sociedad<sup>20</sup>.

En el debate social actual, los que se pronuncian a favor de la eutanasia, alegan su práctica al objeto de alcanzar la denominada «muerte digna». Argumentan que el dolor, el sufrimiento, y demás incapacidades vinculadas a las enfermedades y dolencias crónicas despojan de toda dignidad al enfermo. Todos los seres humanos aspiran a vivir dignamente, y el ordenamiento jurídico trata de proteger esta aspiración. No obstante, la muerte también forma parte de la vida. El proceso de muerte es la última etapa de la vida de un ser humano, y no puede quedar separado como algo distinto. Por consiguiente, es imperativo que una vida digna desemboque también en una muerte digna. El ordenamiento jurídico, por lo tanto, está obligado también a proteger este ideal.

La corriente que se opone a la práctica de la eutanasia objeta que los seres humanos, por enfermos que estén, no pierden su naturaleza de humano y, por lo tanto, no se ven desprovistos de su dignidad, ni desmerecedores del máximo respeto. De este modo, las situaciones extremas que derivan en la práctica de la eutanasia no se justifican en la pérdida de dignidad alguna, pues esta se presume como un elemento eminentemente esencial vinculado intrínsecamente al ser humano. Consecuentemente, la dignidad de cualquier persona no depende de su calidad de vida,

---

<sup>20</sup> Conviene hacer brevemente referencia a la STC 31/2010 relativa a los recursos de inconstitucionalidad del Partido Popular al Estatuto de Cataluña (EC). Entre la multitud de recursos de inconstitucionalidad, se interpuso uno frente al artículo 20 EC sobre el derecho a vivir con dignidad el proceso de muerte. En el FJ 19º el TC aclara que «la escueta referencia al art. 15 CE como fundamento de la impugnación de este precepto no aporta razones para apreciar su inconstitucionalidad». *Vide* PÉREZ MIRAS, A., “Muerte digna y Estatutos de Autonomía”, en *Derecho y Salud*, Vol. 25, XXIV (2015), p. 103. Para Pérez Miras, «el pronunciamiento del Tribunal resulta realmente interesante en cuanto que acepta la relación del art. 20.1 EACat con los derechos fundamentales como “una consecuencia obligada, por implícita, de la garantía de ese derecho fundamental, al que, por ello, ni contradice ni menoscaba” e incluso, “[p] or lo mismo, “vivir con dignidad el proceso de [la] muerte” no es sino una manifestación del derecho a la vida digna y con el mismo alcance que para ese concepto puede deducirse de los arts. 10.1 y 15 CE, es decir, sin que necesariamente se implique con ello el derecho a la muerte asistida o a la eutanasia”».



ni se pueden concretar grados de mayor o menor calidad que permitan ponderar la dignidad del sujeto<sup>21</sup>.

Ciertamente, en mi opinión, la dignidad del enfermo no se alcanza únicamente evitando dolor y sufrimiento, sino que conlleva un poder de autodeterminación consistente en elegir libremente el momento de la propia muerte y contar con los medios personales y materiales necesarios para obtener la meta. El valor que refleja este ideal y los derechos que genera se han situado en primera línea de actualidad, y han originado un debate casi permanente en nuestra sociedad. Sin embargo, se puede afirmar que existe un consenso ético y jurídico bastante consolidado en torno a algunos de los contenidos y derechos del ideal de la buena muerte<sup>22</sup>.

### III. EL CONCEPTO DE EUTANASIA

#### 1. Concepto

Etimológicamente el término eutanasia tiene su origen en los vocablos griegos «*eu*», que significa bueno, y «*thanatos*» que significa muerte. Por lo tanto, el término eutanasia simboliza la «buena muerte», lo que explicaría de excelente manera el ideal de muerte digna.

Hasta el siglo XVII la eutanasia se entendía como una buena muerte privada de dolores y angustias, así lo expresaba Séneca en la Carta 77 a Lucilio. No obstante, importantes eruditos como Hipócrates, San Agustín y Santo Tomás de Aquino se opusieron plenamente a la práctica de la eutanasia. En otras culturas como la celta o la japonesa se aplicaba por razones sociales vinculadas al honor, como la muerte a los guerreros heridos<sup>23</sup>.

La historia ha mostrado distintas formas de entender la eutanasia, lo cual demuestra su carácter ambiguo.

Al aproximarse al término eutanasia, llama la atención la gran variedad de palabras que se emplean para hacer referencia al mismo. Este hecho queda constatado en los títulos de las múltiples normas que regulan esta materia. En los Países Bajos, la norma se denomina «*de terminación de la vida*»; en Bélgica, «*ley de eutanasia*»; en Oregón (EE.UU.), «*Death with Dignity Act*» (Ley de Muerte con Dignidad); en Canadá, «*ley de*

---

<sup>21</sup> GERMÁN ZURRIARÁIN, R., “Vulneraciones de la dignidad humana al final de la vida”, en *Cuadernos de Bioética*, XXIII (2017), pp. 87 y ss.

<sup>22</sup> Asociación Federal Derecho a Morir Dignamente, <http://libreshastaelfinal.org>. En una encuesta realizada, el 84% de los encuestados se mostró a favor de la eutanasia.

<sup>23</sup> SILVA ALARCÓN, D., “La Eutanasia. Aspectos Doctrinarios y Aspectos Legales”, en *Cuadernos de Estudio – Centro de Estudios Biojurídicos*, p. 3.

*ayuda médica para morir*»<sup>24</sup>. El empleo de eufemismos para hacer referencia al término eutanasia se debe principalmente a que todavía sigue siendo una palabra tabú.

El Diccionario de la Real Academia Española define eutanasia como la «acción u omisión que, para evitar sufrimientos a los pacientes desahuciados, acelera su muerte con su consentimiento o sin él». La RAE hace referencia a la muerte no consentida, lo que para algunos autores, como Del Cano, no debe ser considerado eutanasia. Este autor define la eutanasia como la «acción u omisión que provoca la muerte de una forma indolora, a quien la solicita para poner fin a sus sufrimientos»<sup>25</sup>.

Peter Singer indica que «la eutanasia se refiere a acabar con la vida de los que padecen enfermedades incurables, con gran dolor y angustia, por el bien de los que mueren y para ahorrarles más sufrimientos o angustias»<sup>26</sup>. Desde una perspectiva moral, se puede definir como «la práctica que procura la muerte o, mejor, abrevia una vida para evitar grandes dolores y malestar al paciente a petición del mismo, de sus familiares o, sencillamente, por iniciativa de una tercera persona que presencia, conoce e interviene en el caso concreto del moribundo»<sup>27</sup>.

Estas son algunas de las definiciones aportadas por la doctrina. Sin embargo, establecer un concepto de eutanasia de un modo genérico, en mi opinión, no es posible. En primer lugar, históricamente lo que algunas sociedades han entendido por eutanasia varía, como se ha expuesto. En segundo lugar, como expondré a continuación, la eutanasia puede ser clasificada dependiendo de determinados factores, lo que genera multitud de acepciones de este término. Por ello, se estima esencial determinar los elementos básicos que conforman el concepto «eutanasia».

Díez Ripollés estructura el concepto eutanasia en cuatro elementos principales<sup>28</sup>: en primer lugar, «la concurrencia objetiva de una situación especialmente desfavorable», lo que legalmente en la actualidad se determina como enfermedad altamente dolorosa e incurable, pero que en otros periodos históricos podría suponer otro tipo de perjuicio. En segundo lugar, se expresa la voluntad del enfermo, lo que Díez Ripollés denomina «conflicto individual», sin relación con ningún tipo de interés colectivo. Este es un aspecto clave en el debate existente en torno a la eutanasia. Enfocar la eutanasia desde una perspectiva colectiva, supone tener que aceptar o rechazar la totalidad de supuestos, situaciones y solicitudes relativas a este ámbito.

<sup>24</sup> MARÍN-OLALLA, F., “La eutanasia: un derecho del siglo XXI”, en *Gac Sanit*, 32, 4 (2018), p. 381.

<sup>25</sup> DEL CANO, M., *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Ed. Pons, Madrid, 1999, p. 10.

<sup>26</sup> SINGER, P., *Ética Práctica*, Organización Editorial de la Universidad de Cambridge, Cambridge, 1995, p. 111.

<sup>27</sup> *Ídem*.

<sup>28</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Eutanasia y Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII (1995), pp. 83-85.

Individualizar la eutanasia nos permite analizar y decidir respecto de situaciones concretas, a partir de la certificación de unos requisitos minuciosamente definidos legalmente. En tercer lugar, un componente imprescindible en el proceso de eutanasia es la muerte del enfermo. En último lugar, el cuarto elemento es la intervención de otra persona, que puede actuar de forma activa o pasiva.

## 2. Diferencia con figuras afines

Como veremos con posterioridad, la eutanasia presenta diferentes grados de aplicación dependiendo de si se realiza de forma activa o pasiva, y/o de un modo directo o indirecto. Estos niveles aproximan el término a figuras afines que conviene identificar y distinguir.

### *Suicidio médicamente asistido (SMA)*

Cabe distinguir el SMA de la eutanasia atendiendo al agente causal directo e inmediato de la muerte del paciente<sup>29</sup>. Dicho de otro modo, en el caso de la SMA será el propio enfermo quien administre el fármaco que ponga fin a su vida. Lo que lo diferencia de un suicidio es que el procedimiento se realiza bajo la supervisión de un facultativo (si bien, puede no estar presente durante la ingesta).

### *Voluntad anticipada*

La voluntad anticipada, también conocida como testamento vital o instrucciones previas, queda regulada en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía, art. 11, donde se establece que «una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumple en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo».

Las instrucciones previas suponen un paso más allá de la introducción en la sociedad occidental del principio de autonomía del paciente<sup>30</sup>. La finalidad de este documento es dejar constancia de la expresión de la voluntad y preferencias que emite una persona autónoma para que, en el momento de carecer de competencia

---

<sup>29</sup> ROYES, A., “La eutanasia y el suicidio médicamente asistido”, en *Revista Psicooncología*, Vol. 5, 2-3 (2008), p. 324.

<sup>30</sup> AGUILLES SIMÓ, P., “Revisando el llamado «Testamento Vital»”, en *Cuaderno de Bioética*, núm. 21 (2010), pp. 170-171. Al respecto, Aguilles Simó define las «directrices anticipadas como una declaración escrita, firmada por una persona en plena posesión de las facultades mentales, en la presencia de algún testigo y bajo la eventual intervención de un notario, en la que se especifican las condiciones en las que esta persona deberá ser tratada o no tratada, si alguna vez se encontrase en la imposibilidad de decidir sobre su propia salud, por el sobrevenir de un estado de incapacidad intelectual debido a enfermedad, accidente o vejez».

suficiente, se tenga en cuenta su decisión<sup>31</sup>. Se trata, por consiguiente, de respetar y promocionar la autonomía del paciente en momentos de vulnerabilidad<sup>32</sup>, a través de una declaración unilateral, personalísima, formal, revocable y con efectos *inter vivos* como *mortis causa*<sup>33</sup>.

### *Cuidados paliativos*

Según la Organización Mundial de la Salud, los cuidados paliativos constituyen un planteamiento que mejora la calidad de vida de los pacientes y sus allegados cuando afrontan problemas inherentes a una enfermedad potencialmente mortal. Previenen y alivian el sufrimiento a través de la identificación temprana, la evaluación y el tratamiento correcto del dolor y otros problemas, sean estos de orden físico, psicosocial o espiritual<sup>34</sup>.

La diferencia con la eutanasia es que los cuidados paliativos ofrecen un sistema de apoyo para ayudar a los pacientes a vivir con el menor padecimiento posible hasta la muerte. Los cuidados paliativos buscan la administración de fármacos apropiados para disminuir el nivel de conciencia del enfermo, con el objetivo de controlar los síntomas refractarios, es decir, que no responden a los tratamientos habituales<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> MARTÍNEZ, K., “Los documentos de voluntades anticipadas”, en *An. Sist. Navar.*, 30, suplemento 3 (2007), pp. 94-95. Por su parte, K. Martínez indica que el objetivo global de las voluntades anticipadas es «asegurar que la atención sanitaria sea conforme a las preferencias del paciente cuando éste sea incapaz de participar en la toma de decisiones», y los siguientes objetivos específicos: «1. La mejora del proceso de toma de decisiones, facilitando la toma compartida de decisiones entre pacientes, sustitutos y personal sanitario, basados en el pronóstico y las preferencias del paciente [...]. 2. La mejora de los resultados para los pacientes, optimizando el bienestar del enfermo; disminuyendo la frecuencia y la magnitud de los posibles tratamientos excesivos [...]; y disminuyendo las preocupaciones de las personas sobre la creación de posibles cargas a sus familiares o seres queridos».

<sup>32</sup> RAMOS POZÓN, S. y ROMÁN MAESTRE, B., “Las voluntades anticipadas en pacientes con esquizofrenia: un instrumento para potenciar la autonomía”, en *Revista Asoc. Esp. Neuropsiq.*, 34, 121 (2014), p. 22. En esta obra los autores hacen una distinción entre los «procedimientos» que se deben llevar a cabo para formalizar el testamento vital. Por un lado, es indispensable llevar a cabo el procedimiento administrativo, entendido éste como la formulación del testamento vital siguiendo los criterios normativos establecidos al respecto. Sin embargo, ambos autores entienden que este procedimiento administrativo debe ir acompañado del «procedimiento ético», entendido éste como «el proceso de diálogo en el que equipo médico y paciente llegan a acuerdos consensuados sobre qué hacer y qué no hacer en el momento de la situación incapacitante».

<sup>33</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Leyes para una muerte digna y voluntades anticipadas”, en *Derecho y Salud*, Vol. 23, 1 (2013), p. 62.

<sup>34</sup> *Vide* <http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/palliative-care>

<sup>35</sup> COMITÉ DE ÉTICA DE LA SECPAL, “Aspectos éticos de la sedación en cuidados paliativos: sedación paliativa/sedación terminal”, Barcelona, 2002.

*Distanasia*

La «distanasia» es una prolongación ilícita de la vida mediante la utilización de medios desproporcionados (medios inútiles para conservar o curar la vida del paciente, causando graves consecuencias, sin respetar deseos del enfermo), denominado también como ensañamiento o encarnizamiento terapéutico<sup>36</sup>. Por supuesto, la «distanasia» es contraria a la *lex artis*, además de que puede acarrear otros delitos como malos tratos o incluso delito de torturas<sup>37</sup>. En este sentido, Suárez-Mira Rodríguez concluye que la distanasia debe calificarse «no sólo de inconstitucional, por construir un trato degradante, sino incluso de delictiva la conducta tendente a la prolongación de la vida en contra de la voluntad del paciente, lo que eventualmente podría ser considerado como un delito contra la integridad moral»<sup>38</sup>.

### 3. Diferencia con otros derechos del paciente

#### A. Derecho a rechazar el tratamiento y al alta voluntaria

La primera norma de nuestro ordenamiento que integró el derecho a rechazar el tratamiento fue la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad<sup>39</sup> en el artículo 10.9, derogado por la Ley 41/2002.

La Ley 41/2002, en el artículo 2.4, establece que «*todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento*». Su decisión debe ser respetada aun cuando implique un perjuicio a su salud o su fallecimiento, siempre y cuando su decisión se haya tomado en el ejercicio de su autonomía<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> GARCÍA ARANGO, G. A., “Derecho a la vida digna. El concepto jurídico del color desde el Derecho Constitucional”, en *Opinión Jurídica*, Vol. 6, 12 (2007), p. 32. Podríamos decir que la distanasia es el mecanismo opuesto a la eutanasia. «A diferencia de la eutanasia que es poner fin a la vida para evitar enormes dolores y sufrimientos, la distanasia se eleva como la preservación de la vida a toda costa, incluso a costa del dolor y padecimiento de quien sufre».

<sup>37</sup> DE MIGUEL BERIAIN, I., “El derecho en el final de la vida: rechazo al tratamiento, limitación del esfuerzo terapéutico, sedación en la agonía, auxilio al suicidio y eutanasia”, en A. PALOMAR OLMEDA y J. CANTERO MARTÍNEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*, Volumen I, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 910.

<sup>38</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A., y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., “Cooperación e inducción al suicidio. La eutanasia”, en *Tratados y Manuales (Civitas)*, Aranzadi, 2011, p. 3.

<sup>39</sup> GARCÍA AMEZ, J., “Autonomía del paciente y rechazo al tratamiento. El derecho a decir «no»”, en *Derecho y Salud*, Vol. 23, 1 (2013), p. 30. Si bien, algunos autores como García Amez entiende que «el derecho a rechazar un tratamiento puede desprenderse de la Constitución».

<sup>40</sup> DE MIGUEL BERIAIN, I. (2013: 897).

En el supuesto de que el paciente no acepte el alta<sup>41</sup>, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente y, si persiste su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión (Ley 41/2002, art. 21.2)<sup>42</sup>.

A partir de este precepto se pretende, prescindiendo del modelo paternalista, que el paciente tenga la posibilidad de elegir entre varias alternativas, o de negarse al tratamiento, sin la amenaza del alta obligatoria<sup>43</sup>. Sin embargo, conviene aclarar que el modo de funcionamiento anterior a la norma no debía ser muy diferente al procedimiento que establece ésta<sup>44</sup>.

Este derecho quedará limitado por «las excepciones determinadas por la Ley», hago referencia al artículo 9.2:

*«Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la Salud Pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas*

<sup>41</sup> Para los supuestos en los que el paciente abandona el centro sin la firma del alta voluntaria, Vide ALBELDA DE LA HAZA, M. L., “Crítica a la calificación como fuga de paciente a toda situación de abandono del centro sin firma de alta voluntaria y sin comunicar la decisión”, en *Derecho y Salud*, Vol. 25, extraordinario XXIV (2015), pp. 158-165.

<sup>42</sup> GARCÍA AMEZ, J. (2013: 31). La idea de que el juez decida en última instancia demuestra el «buen criterio» del legislador, «consciente de la enorme conflictividad que puede generar el alta forzosa, y en aras a salvaguardar en el derecho a la vida e integridad del paciente».

<sup>43</sup> TRIVIÑO CABALLERO, R., “Autonomía del paciente y rechazo del tratamiento por motivos religiosos. A propósito de la STC 154/2002 de 18 de julio de 2002”, en *Revista para el análisis del derecho*, núm. 3 (2010), p. 15.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 15-16. Según esta autora «los deberes morales ya contemplados en los Códigos de Ética y Deontología de las profesiones sanitarias han pasado a ser deberes jurídicos. Por tanto, lo que antes dependía del grado de autoexigencia profesional se ha convertido también en un requerimiento social a partir de la Ley 41/2002. Una de las causas alegadas para explicar este cambio sería el incremento en los últimos años de las demandas de responsabilidad civil contra el personal sanitario. Ello, a su vez, acarrea el surgimiento de una medicina defensiva en la que la preocupación fundamental del facultativo estaría focalizada en rehuir las consecuencias jurídicas de sus intervenciones. El temor a la responsabilidad civil o penal, originada por posibles actos médicos, provocaría, de un lado, un uso defensivo del consentimiento informado; de otro, un aumento de las precauciones encaminadas a eludir las potenciales acusaciones por negligencia mediante la petición de exploraciones y análisis superfluos. El resultado sería una relación de desconfianza, donde el médico pretende trasladar la responsabilidad de las decisiones a un individuo que puede no estar cualificado para entender exactamente lo que sucede y valorar el alcance de su situación. Por otra parte, este nuevo paradigma supondría el incremento del gasto médico debido a la utilización innecesaria de recursos teniendo como único propósito la prevención. Para superar estas indeseables consecuencias, es necesario entender el consentimiento informado como un proceso deliberativo en el que tanto el paciente como el personal sanitario toman parte activa».

*siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él»<sup>45</sup> <sup>46</sup>.*

Si bien, en la teoría el precepto es claro, en la práctica y con la variedad de situaciones a las que hace frente un facultativo, no es sencillo aplicar estas excepciones. En el supuesto de riesgo para la Salud Pública, en ocasiones el profesional, ante la duda, se ve obligado a acudir a la legislación ordinaria para conocer los supuestos en los cuales se puede amparar en el artículo 9.2 de la Ley 41/2002<sup>47</sup>.

El rechazo del tratamiento produce un conflicto entre bienes jurídicos, la integridad física y la autonomía del paciente. Ante tal conflicto y, a tenor de la jurisprudencia de nuestros tribunales, prevalecerá el primero, de ahí que el facultativo pueda actuar sin recabar el consentimiento del paciente, lo cual le ampara frente a hipotéticas demandas de responsabilidad en la eximente de estado de necesidad<sup>48</sup>.

#### B. Derecho a un proceso de muerte digna<sup>49</sup>. Derecho a la sedación terminal

La Organización Médica Colegial y la Sociedad de Cuidados Paliativos establecieron como definición de sedación: «la disminución deliberada de la conciencia con el objetivo de evitar un sufrimiento insostenible». Además, es una medida «gradual, susceptible de tomarse con la participación del enfermo o, en su defecto, de sus familiares», pudiendo llegarse a la «sedación completa e irreversible».

Más actual es la definición que identifica la sedación terminal como «un procedimiento médico bien definido, aceptable ética y jurídicamente y que, debidamente practicada, es una medida recomendable en situaciones de enfermedad terminal y en los últimos días, cuando no hay posibilidades terapéuticas, en situaciones de su-

<sup>45</sup> GALLEGO RIESTRA, S., “Responsabilidad profesional y gestión de riesgos”, en ANTEQUERA VINAGRE, J. M<sup>a</sup>., *Derecho Sanitario y Sociedad*, Díaz de Santos, Madrid, 2006, p. 149: «Lo que hace el legislador es advertir que el médico quedará exonerado de responsabilidad por actuar sin consentimiento cuando el paciente se encuentre en una situación de urgencia, pero no que el médico pueda actuar, en estos casos, incluso en contra de la voluntad expresa del enfermo».

<sup>46</sup> Con anterioridad, la LGS había establecido los límites al derecho a rechazar el tratamiento en el artículo 10.6. Al respecto, Vide ROMEO CASABONA, C. M. y CANTERO MARTÍNEZ, J., *Derecho Sanitario y Bioética*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 85-87; Vide SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. P., *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 149 y ss.

<sup>47</sup> GARCÍA AMEZ, J. (2013:43).

<sup>48</sup> Ídem; Cfr. SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN SÁNCHEZ, F., *Derechos y deberes de los pacientes*, Comares, Albolote, 2003, p. 53.

<sup>49</sup> El último avance legislativo sobre esta materia es la Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir, de la Comunidad de Madrid.

frimiento insoportable, no controlable y en los que se prevé una muerte próxima» [Definición aportada por la Organización Médica Colegial (OMC), y las Sociedades Científicas Españolas de Cuidados Paliativos (SECPAL), Oncología Médica (SEOM), Geriátrica y Gerontología (SEGG), y Medicina de Urgencias y Emergencias (SEMES)].

La sedación terminal se suele legitimar aludiendo a la dignidad del paciente terminal, por lo que, la muerte con sufrimiento es entendido, con carácter general, como indigna. Quien, ante un proceso de muerte inminente, decide que se le apliquen los medios necesarios para, incluso, acelerar su muerte puede considerar indigno la compasión ajena o el sufrimiento que acarrea la enfermedad. Puede vivir el dolor como la destrucción de la autoestima<sup>50</sup>.

El aspecto más conflictivo sobre la sedación está más relacionado con la figura del médico responsable que con el paciente. Debemos entender que nos encontramos ante una práctica médica que puede conllevar a la muerte del paciente, por lo que se pueden generar conflictos morales en torno a los especialistas médicos. Sin embargo, en la práctica este conflicto parece superado, y forma parte de la praxis médica más común<sup>51</sup>.

La diferencia entre eutanasia y sedación terminal se establece respecto de la intencionalidad. La de la sedación es aliviar el sufrimiento, aunque sea a expensas de disminuir la conciencia; mientras que el objetivo de la eutanasia es provocar la muerte como único medio para aliviar el sufrimiento.

De este modo, existe cierto consenso en que la sedación terminal es impune tanto en el ámbito penal, como en el administrativo o civil. Sin embargo, esta no será punible cuando se respeten los deberes de cuidado objetivos y se cumplan las exigencias terapéuticas, es decir, se respete la *lex artis*. Para algunos autores, es imprescindible que la finalidad del médico sea aliviar el sufrimiento y no acortar la vida<sup>52</sup>.

No obstante, en el caso de que el médico responsable se niegue a practicar la sedación cuando la *lex artis* así lo recomiende, no cabe duda de que se incurrirá en responsabilidades penales, administrativas y civiles. En el ámbito penal, a nivel doctrinal<sup>53</sup> se piensa que se incurrirá en omisión de asistencia sanitaria (artículo 196

<sup>50</sup> BARRIOS FLORES, L. F., “La sedación terminal”, en *Derecho y Salud*, Vol. 13, 2 (2005), p. 161.

<sup>51</sup> DE MIGUEL BERIAIN, I. (2013: 908).

<sup>52</sup> ROMEO CASABONA, C. M., “La eutanasia en el derecho comparado y en el código penal español”, en S. URRACA (Ed), *Eutanasia hoy. Un debate abierto*, Editorial Noesis, Madrid, 1996, p. 225.

<sup>53</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Deberes y responsabilidades de la Administración sanitaria ante rechazos de tratamiento vital por pacientes. A propósito del caso de Inmaculada Echavarría”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 11 (2009), p. 25.



CP), delito de lesiones en comisión por omisión (artículo 147 CP54), o daños contra la integridad moral (art. 173.1 CP).

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA

El concepto «eutanasia» se ha visto cargado de acepciones morales y emocionales que han transformado la visión social que se tiene del mismo. Desde un punto de vista jurídico, es altamente complejo identificar su naturaleza. Parece evidente que, hasta la fecha, en España la eutanasia no tiene respaldo jurídico, ni por el legislador, puesto que carece de regulación específica, ni por la jurisprudencia. Si bien, desde la doctrina se defienden los argumentos más antagónicos en torno a este concepto.

De cualquier modo, hasta el momento, y con la regulación actual, la eutanasia no es ni puede ser considerada como un derecho subjetivo y, por lo tanto, no puede ser enmarcada dentro de los derechos del paciente<sup>54</sup>. Así lo establece el TC en la Sentencia 120/1990 (EJ 7), cuando indica: «ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa manifestación del “agere licere”, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que su posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador que no puede reducir el contenido esencial del derecho». En una sentencia posterior, el TC reconoce que «morir con dignidad es un bien jurídico de naturaleza estrictamente individual».

Entonces, jurídicamente, ¿qué es la eutanasia? Atendiendo a diferentes factores, la eutanasia puede ser clasificada de un modo u otro. A tenor de la acción y la intención del tercero que interviene, a la voluntad del enfermo, y a la finalidad perseguida, la eutanasia podrá ser un delito, si encaja en el supuesto regulado en el art. 143.4 CP (eutanasia activa directa); o una práctica médica si las acciones y hechos no son los descritos en tal precepto.

No obstante, como veremos en las próximas líneas de este trabajo, con la actual proposición de Ley Orgánica que, cabe esperar, sea definitivamente aprobada en fase parlamentaria, la naturaleza jurídica de la eutanasia sufrirá una importante actualización. Con la nueva norma, la eutanasia dejará de estar penalizada en los

<sup>54</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., “El problema jurídico de la muerte y el dolor”, *Diario El Mundo*, 19 de abril de 2005, p. 4.

<sup>55</sup> REY MARTÍNEZ, F., *Eutanasia y derechos fundamentales*, CEC, 2008.

supuestos estipulados. En consecuencia, se debe de tener en cuenta que la eutanasia no sólo dejará de ser un tipo penal, sino que pasará a estar regulada como un derecho subjetivo.

De este modo, la eutanasia se origina como una facultad que el ordenamiento jurídico le reconoce a un individuo para que exija a la Administración pública, representada en los profesionales de la salud, un comportamiento determinado, que se constituye en un deber jurídico u obligación. Así, los derechos del paciente posibilitan que el sujeto pueda poner en marcha la acción procesal y la reclamación en juicio de sus pretensiones jurídicas<sup>56</sup>.

Por consiguiente, el paciente que encaje en los requisitos legalmente establecidos podrá exigir al poder público que ejerza a su favor la práctica eutanásica.

## V. CLASIFICACIÓN

En líneas anteriores he tratado de exponer el concepto de eutanasia de forma genérica, sin embargo, la definición del término eutanasia varía enormemente dependiendo de determinados aspectos, como su finalidad o el modo de ejecución. Por lo tanto, sería necesario realizar una clasificación lo más extensa posible para identificar todas las acepciones de este término. No obstante, el concepto «eutanasia» ha sido ramificado en diversos significados, por lo que su clasificación es amplia y compleja.

En opinión personal, el término «eutanasia» debe ser clasificado del siguiente modo:

Según su finalidad<sup>57</sup>: eutanasia eugenésica, como la muerte sin dolor a personas deformes o enfermas para no degenerar la raza; eutanasia criminal, como la muerte sin dolor a individuos peligrosos para la sociedad (pena de muerte); eutanasia económica, como la muerte sin dolor a enfermos incurables, inválidos, ancianos para aligerar las cargas económicas; eutanasia solidaria, como la muerte a seres desahuciados con el fin de emplear sus órganos para salvar otras vidas; eutanasia piadosa, como el tipo de eutanasia que según su finalidad se emplea, con carácter general, en la sociedad actual. Se trata de provocar la muerte por el mero sentimiento de compasión hacia sujetos que están soportando graves padecimientos sin ninguna esperanza de sobrevivir.

---

<sup>56</sup> MARTÍNEZ NAVARRO, J. A., “Los derechos del paciente como usuario del servicio público de salud”, en J.F. PÉREZ GÁLVEZ, *La seguridad del paciente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 293 y ss.

<sup>57</sup> TREJO GARCIA, E.C., *Legislación Internacional y Estudio de Derecho Comparado de la Eutanasia*, Servicio de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior, México, D.F., 2007, pp. 4 y ss.

Según la voluntad del sujeto<sup>58</sup>: eutanasia voluntaria, cuando la decisión es tomada directamente por el paciente o por terceros obedeciendo los deseos expresados por el paciente; eutanasia no voluntaria, cuando la decisión la toma un tercero sin la posibilidad de determinar la voluntad del enfermo; eutanasia involuntaria, cuando la decisión la toma un tercero sin solicitar la voluntad del enfermo con capacidad para expresar su deseo.

Según la intención<sup>59</sup>: eutanasia directa, cuando se provoca la muerte con medios certeros (ej. Inyección letal); eutanasia indirecta, cuando se aplican tratamientos para mitigar el dolor que no provoquen mejoría, conduciendo por lo tanto a la muerte del paciente.

Según la acción del tercero: eutanasia activa, como la muerte provocada por la acción positiva de un tercero; eutanasia pasiva, como la muerte provocada por omisión de un tratamiento necesario.

## VI. GRUPO NORMATIVO REGULADOR<sup>60</sup>

### 1. La eutanasia en el derecho comparado

La eutanasia es entendida social y culturalmente de muy diversas formas; ello explica que, desde el punto de vista del Derecho, la eutanasia se desarrolle de forma dispar dependiendo del Estado en cuestión. No obstante, existe una evidente diferenciación entre los países occidentales y el resto del mundo. Si bien, en gran parte de occidente la eutanasia sigue sin tener una aceptación jurídica, el debate en torno a su regulación es cada vez más ineludible.

<sup>58</sup> SILVA ALARCÓN, D. (4).

<sup>59</sup> PÁNIKER, S., "El derecho a morir dignamente", en *Anuario de Psicología*, Vol. 29, 4 (1998), pp. 87 y ss.

<sup>60</sup> Los primeros textos de carácter jurídico o no que se han posicionado a favor de la eutanasia son relativamente recientes. Fuera de nuestro territorio nacional destacan: 1. La moción a favor del principio de la eutanasia voluntaria presentada en la Cámara de los Lorens en 1950. 2. El Voluntary Eutanasia Bill presentado al Parlamento inglés en 1969. 3. La carta de los derechos del enfermo, aprobada en 1973 por la Asociación Americana de Hospitales, en la que figura el derecho a morir con dignidad. 4. El Proyecto de ley presentado a la Cámara de los Lorens en 1975. 5. El Manifiesto a favor de la Eutanasia publicado en 1975. 6. El reconocimiento de la Comisión de Asuntos Sociales y de la Salud del Consejo de Europa en 1976 del derecho que tienen los enfermos a que se les evite cualquier sufrimiento. 7. La Ley del Estado de California en virtud de la cual todo adulto tiene derecho a rechazar toda cura que no tenga otro resultado que retrasar una muerte inminente e inevitable. 8. El Referéndum del cantón de Zúrich el 25 de septiembre de 1977. 9. El Proyecto de ley presentado el 13 de abril de 1978 al Senado francés. Dentro de nuestro territorio nacional destacan: 1. El Proyecto de ley español propiciado por César Rodríguez Aguilera en 1988. 2. Propuesta de regulación alternativa elaborada por el Grupo de Estudios de Política Criminal Española.

Como se ha expuesto con anterioridad, cuando se hace referencia al término eutanasia, se apunta a múltiples y diversos modos de proceder (especialmente destacable la diferencia entre eutanasia activa y pasiva). Si tenemos en cuenta esto, se podría concluir que la eutanasia se permite legalmente en Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Colombia, Canadá. Por su parte, el estado de Oregón (EE.UU.) permite legalmente el Suicidio Médicamente Asistido. En todo caso, es evidente que, en el resto de países occidentales, existe un profundo debate social, político y jurídico

#### A. La regulación de la eutanasia en América

##### COLOMBIA

Colombia es el primer país latinoamericano que ha introducido a su Constitución una ley de eutanasia y suicidio asistido, y el único en el mundo donde la medida es reconocida como un derecho fundamental por el Tribunal Constitucional.

La Constitución Política aprobada en 1991 incluyó tres novedades en el escenario jurídico y político que fueron fundamentales para entender el desarrollo de la eutanasia en Colombia<sup>61</sup>. En primer lugar, se incluyó la carta de derecho, artículos 11 al 41 (Título II, Capítulo 1), siguiendo el ejemplo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en segundo lugar, se creó la acción de tutela, una herramienta jurídica que permite a cualquier ciudadano exigir al Estado la protección de sus derechos fundamentales; y, en tercer lugar, se le adjudicó a la Corte Constitucional la facultad de salvaguarda la Constitución.

Con estas nuevas reglas de juego, en 1996 un ciudadano demandó la constitucionalidad del art. 326 del Código Penal colombiano (vigente desde 1980). El artículo establecía lo siguiente: “*Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años*”.

El demandante alegaba que este artículo establecía una pena excesivamente disminuida en comparación con otros tipos penales relacionados con el homicidio. Para ello, invocaba los derechos fundamentales a la igualdad y a la vida regulados en la propia Constitución.

No obstante, la Corte Constitucional resolvió mediante la Sentencia C-239, de 20 de mayo de 1997, a favor de la constitucionalidad del art. 326 CP<sup>62</sup>. Asimismo, y para sorpresa del país, la Corte se posicionó a favor de eximir de responsabilidad

<sup>61</sup> DÍAZ AMADO, E., “La despenalización de la eutanasia en Colombia: contexto, bases y críticas”, en *Rev Bio y Der*, 40 (2017), p. 128.

<sup>62</sup> Este pronunciamiento fue confirmado por la Corte Constitucional en la sentencia T-970 de 2014, y la Resolución 1216 de 2015.

penal a los médicos en los supuestos de homicidio por piedad cuando se cumplieran cuatro requisitos esenciales<sup>63</sup>: primero, que el sujeto fuera un enfermo terminal; segundo, que el enfermo estuviera sometido a un intenso sufrimiento o dolor; tercero, que el sujeto hubiera solicitado de manera libre y con pleno uso de sus facultades mentales; y, cuarto, que el procedimiento fuere realizado por un profesional médico.

Lo que hace relevante y distinto el caso colombiano frente a otras legislaciones relacionadas con la eutanasia en el mundo es que la Corte Constitucional basó su decisión en la preponderancia de derechos fundamentales<sup>64</sup>. A la luz de la nueva Carta Política de 1991 esta corte examinó y aclaró, con respecto al morir, cómo debían entenderse y aplicarse los principios constitucionales de dignidad humana, respeto por la autonomía y solidaridad<sup>65</sup>.

En 2015 se dio luz verde a la regulación del procedimiento para aquellos pacientes con enfermedades terminales, mayores de edad y que hayan manifestado de forma verificable su voluntad de morir. Estos requisitos son certificados por una comisión compuesta por un médico, un psiquiatra y un abogado antes del proceso, que es totalmente gratuito y que respeta la libertad de conciencia.

#### CANADÁ

En Canadá, la «Ley federal sobre la ayuda médica para morir» que legaliza la eutanasia, entró en vigor en junio de 2016, luego de que el Tribunal Supremo dictaminara en 2015 que la normativa entonces existente, que penalizaba la muerte asistida, era anticonstitucional y le diera al Parlamento un año para redactar una nueva ley. Actualmente la legislación limita el acceso a la eutanasia a los enfermos terminales o con dolor insoportable y mayores de 18 años. Según datos del Ministerio de Salud, desde que se aprobó y hasta octubre del año pasado, 2.000 personas habían accedido a la medida, un 0.6% del total de decesos del país.

---

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>64</sup> ARANGO, R., *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externo de Colombia, Bogotá, 2004, p. 143. R. Arango argumenta que «a partir de la Constitución de 1991 se abandona definitivamente el proyecto regeneracionista de construir una nación homogénea —católica e hispánica— y se apuesta por una sociedad pluralista mediante el reconocimiento de la diversidad cultural del país».

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 130.

*ESTADOS UNIDOS (OREGÓN)*

El Estado de Oregón (EE.UU.) legalizó el suicidio médicamente asistido en noviembre de 1997 mediante la aprobación de la *Death with Dignity Act*. Esta norma permite practicar la SMA en supuestos muy concretos que reúnan los siguientes términos:<sup>66</sup>

Padecer una enfermedad terminal

Ser mayor de 18 años de edad

Ser plenamente capaz.

Ser ciudadano del Estado de Oregón.

Formular la petición verbalmente al facultativo en dos ocasiones separadas por un intervalo de al menos quince días.

Formalizar su solicitud por escrito en presencia de dos testigos.

Ser certificado por el facultativo responsable y un segundo profesional.

El enfermo debe ser informado de posibles alternativas.

Una vez manifestados todos los requisitos, el paciente recibirá la prescripción médica de un fármaco letal. Por su parte, el facultativo deberá informar al Department of Human Services. Conviene aclarar que el facultativo no está obligado a acceder a la solicitud del enfermo, ni tiene que estar presente cuando el paciente ingiera el producto.

## B. La regulación de la eutanasia en Europa

*HOLANDA*

Holanda fue el primer país en permitir legalmente la práctica médica de la eutanasia activa directa (también el SMA). Su regulación se originó a raíz de una sentencia dictada por el Juzgado de Leeuwarden con fecha de 21 de febrero de 1973, al considerar el estado de necesidad como fundamento jurídico. En este pronunciamiento, el tribunal holandés estableció como requisitos para aplicar la eutanasia, previo informe de especialista médico de la sanidad estatal, las siguientes condiciones: que el paciente padeciera una enfermedad médicamente incurable; que el paciente experimentara un sufrimiento insoportable; que el paciente solicitara el deseo de terminar con su vida; y que el acto se realizara por el médico que trata al paciente.

No fue hasta 1982 cuando se acometieron las primeras medidas gubernamentales. En concreto, se encomendó a los fiscales de distrito la responsabilidad de ini-

<sup>66</sup> ROYES, A. (2008: 328-329).

ciar acciones legales o no contra el facultativo que realizara la práctica médica; y se creó una Comisión estatal sobre eutanasia integrada por 15 miembros de distintas profesiones.

En 1986, el gobierno holandés impulsó la investigación sobre el Estado de la Cuestión de las Actualizaciones Médicas de Terminación de la Vida. Esta investigación sin precedentes llevó a más de una década de discusión que desembocó en 2001, en la despenalización de la eutanasia.

La norma holandesa es una de las más permisivas en la práctica de la eutanasia<sup>67</sup>. En primer lugar, no requiere de enfermedad terminal para su aplicación; basta con que la misma ocasione un padecimiento insoportable y crónico. En segundo lugar, se aplica a menores de entre 16 y 18 años de edad, siempre que demuestren plena consciencia. En estos supuestos, se requiere la participación de padres y tutores en el proceso<sup>68</sup>.

Una vez finaliza el proceso, el facultativo responsable, sin certificar defunción, remite informe con la documentación que acredita el proceso al forense, quien a su vez transmite el caso a la Comisión Regional de control. Este órgano concluye, a través del informe, si se han satisfecho todos los requisitos legalmente exigidos para la práctica de la eutanasia. De no ser así, elevará el caso al ministerio de Justicia y de Salud<sup>69</sup>.

### BÉLGICA

Bélgica despenalizó la eutanasia el 23 de septiembre de 2002. La Ley hace siempre referencia al término eutanasia, sin embargo, en los informes que presenta la Commission Fédérale de Contrôle et d'Évaluation de l'Éuthanasie, en relación con la aplicación práctica de la norma, se describen prácticas referentes al suicidio medicamente asistido<sup>70</sup>. Se establece como requisito que el enfermo sea adulto (mayor de edad), en situación incurable, y que elija voluntariamente poner fin a su vida.

---

<sup>67</sup> ROYES, A., (2008: 330).

<sup>68</sup> FERRER, I., “Los muertos por eutanasia son ya un 4% de los fallecimientos en Holanda”, *El País*, 14 de abril de 2017: La aplicación de la eutanasia en Holanda aumentó un 10% en 2016 hasta sumar 6.091 casos (un 4% del total de las muertes registradas en el país).

<sup>69</sup> ROYES, A. (2008: 330).

<sup>70</sup> *Ídem*. “Dicha Comisión de control reconoció entonces que, puesto que la ley no exigía un procedimiento concreto para la práctica de la eutanasia, no procedía modificar el título de la citada ley para introducir en la misma el supuesto de SMA, aunque esa misma ley sí exige que el médico controle el proceso de morir en todo momento y en todos sus aspectos. De lo que se acaba de decir puede deducirse que el SMA se interpreta como una acción eutanásica que debe cumplir con los requisitos que la ley establece a tal efecto”.

Asimismo, debe transcurrir un periodo de al menos treinta días entre la petición y la realización de la eutanasia.

Una vez practicada, el facultativo debe informar a la comisión federal de control de todo el procedimiento. Este órgano certificará que todo el proceso se ha realizado de la forma legalmente prevista.

En el año 2014, el Parlamento Belga votó a favor de extender esta ley a los menores de edad en estado terminal, con el consentimiento de los padres o tutores.

### *LUXEMBURGO*

Luxemburgo despenalizó la eutanasia mediante Ley el día 16 de marzo de 2009. En su regulación se establecieron unos requisitos muy similares a los regulados en Bélgica: enfermedad incurable e irreversible; enfermos mayores de edad; consentimiento voluntario; y la certificación de diferentes facultativos.

En la práctica, sin embargo, en el Ducado de Luxemburgo se aplican al año poco más de una decena de intervenciones. Muchos de sus ciudadanos se trasladan a Bélgica para llevar a cabo este proceso. Esto se debe a las reticencias mostradas tanto por los profesionales como por los propios ciudadanos.

## **2. La regulación de la eutanasia en España<sup>71</sup>**

En España, a día de hoy, no existe regulación específica sobre eutanasia. En palabras del TC, la eutanasia «es, en su núcleo esencial, una cuestión resistente a su regulación estatal. Y esto es así porque se trata de la decisión más íntima y personal que una persona puede hacer en toda su vida».

César Rodríguez Aguilera elaboró un proyecto en 1988 donde proponía la regulación de la eutanasia, defendiendo «la despenalización de la ayuda altruista para poner fin a la vida de quien no quiera prologarla en condiciones tales que considera indigna». Destaca también la Propuesta Alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida suscrita en Alicante el 12 de febrero de 1993, elaborado por un grupo de penalistas españoles<sup>72</sup>.

En la actualidad, la norma estatal de referencia es el Código Penal, en concreto el artículo 143.4:

---

<sup>71</sup> TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C., *Posibilidades de la regulación de la eutanasia solicitada*, Fundación Alternativas, 2005. TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nueva C.P. (art. 143)*, Tirant lo Blanch, 2000.

<sup>72</sup> SILVA ALARCÓN, D. (21-22).



«El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo».

Antes de entrar en el contenido del precepto, cabe destacar que este artículo 143 se encuentra incluido dentro del Libro II, sobre delitos y sus penas, Título Primero, del homicidio y sus formas. Sin embargo, existe una clara diferencia entre el suicidio y la eutanasia, y el homicidio. Este último supone que un tercero quita la vida a un sujeto sin su voluntad ni consentimiento, mientras en el caso del suicidio y la eutanasia, el sujeto decide voluntaria y libremente arrebatarle la vida<sup>73</sup>.

Jurídicamente, y a tenor de la clasificación antes expuesta, se debe discernir entre eutanasia activa, pasiva, directa, indirecta, voluntaria o involuntaria<sup>74</sup>. Tarea nada sencilla que en la práctica genera confusión entre ciudadanos, profesionales sanitarios, medios de comunicación e incluso expertos en derecho.

Nuestro ordenamiento jurídico prohíbe tanto la inducción como la cooperación al suicidio, además, por supuesto, de la eutanasia activa directa, como ya se ha indicado, aquella en la que existe una acción positiva tendente a producir la muerte (ej. suministrar una inyección de cloruro de potasio)<sup>75</sup>.

Al contrario, no son punibles ni la complicidad (cooperación no necesaria), la tentativa o la comisión efectiva de suicidio<sup>76</sup>. Siguiendo a Zugaldía y a la doctrina dominante, se admiten como lícitas la eutanasia pasiva (por omisión y por acción) y la eutanasia activa indirecta<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> DE MIGUEL BERIAIN, I. (2013: 894-895).

<sup>74</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (2011: 3).

<sup>75</sup> *Ídem*: «El derecho a morir dignamente está en la base de la regulación contenida en el artículo 143.4 CP, pero no de un modo absoluto ni bajo cualquier circunstancia. No cabe la menor duda de que este precepto supone un importante avance respecto al régimen del anterior Código Penal, si bien para algunos autores resulta aún insuficiente por limitarse a atenuar la pena de quien contribuye a la muerte de otro en las condiciones típicas requeridas, cuando podría haberse adoptado otra solución más generosa y, sobre todo, más respetuosa con la libertad personal de quien ya no desea seguir viviendo en circunstancias poco acordes con una existencia digna».

<sup>76</sup> DE MIGUEL BERIAIN, I. (2013: 894).

<sup>77</sup> ZUGALDIA, J. M., “Perspectivas Constitucionales y Político-Criminales sobre la Legalización de la Eutanasia”, en S. URRACA MARTÍNEZ, *Eutanasia Hoy. Un debate abierto*, Editorial Noesis, Colección humanidades Médicas, 1996, pp. 237-247.

Por eutanasia pasiva se entiende «la interrupción de la terapia con la finalidad de no prolongar los sufrimientos». La eutanasia pasiva por omisión será lícita cuando el médico no esté obligado a prolongar la vida del paciente contra su voluntad o cuando el paciente rechace libremente el tratamiento médico. La eutanasia pasiva por acción será lícita cuando no existan posibilidades de recuperación del paciente, con el trágico e inevitable desenlace la muerte. Puesto que la acción no es la causante de la muerte, no será ilícita.

En cuanto a la eutanasia activa indirecta, la acción del profesional va destinada a mitigar el sufrimiento, por lo que el tratamiento empleado, si bien no actúa con el fin de salvar la vida del paciente, no provoca su muerte.

#### A. La proposición de Ley Orgánica sobre eutanasia en España

Durante el año 2011, el gobierno entonces presidido por D. José Luis Rodríguez Zapatero elaboró una iniciativa en materia de muerte digna que buscó el consenso en asociaciones del sector sanitario y organizaciones de pacientes. La norma fue aprobada en Consejo de Ministros en mayo de 2011. Se trataba de un proyecto que regulaba el proceso de muerte digna, pero, en palabras del propio D. José Luis Rodríguez Zapatero, «sin pretender incluir entre los derechos de los pacientes en el proceso final de su vida el de ser sujeto de la actuación conocida como eutanasia»<sup>78</sup>.

Sin embargo, tras remitirse en junio de ese mismo año al Congreso para iniciar su tramitación parlamentaria, quedó aparcada después de que el gobierno decidiera adelantar la convocatoria de Elecciones Generales a noviembre.

Cuatro años después, y coincidiendo también con el último tramo de la legislatura, el PSOE, ahora como oposición, recuperó el tema mediante una iniciativa que pretendía reconocer los derechos de las personas «en el proceso final de su vida» y definir un marco de actuación para los profesionales sanitarios que les atiendan.

En junio de 2015, el Partido Popular, entonces al frente del gobierno, evitó la toma en consideración de la propuesta.

A lo largo de estos últimos años se han iniciado distintos proyectos. El grupo parlamentario de Ciudadanos desarrolló un proyecto en 2016 donde se establecía el derecho a la eutanasia pasiva. En 2017, se presentó y quedó rechazada una propuesta de Podemos-En Comú Podem-En Marea. Del mismo modo, a principios del año 2017, se volvió a presentar el proyecto iniciado en 2011 por el PSOE.

Finalmente, a través de una iniciativa iniciada en el Parlament de Catalunya, se presentó en mayo de 2018 la admisión a trámite de la proposición de ley de re-

---

<sup>78</sup> Vide <https://www.abc.es/sociedad/20150616/abci-muerte-digna-congreso-201506161112.html>

forma de la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, para la despenalización de la eutanasia y la ayuda al suicidio. Una norma mucho más ambiciosa que los proyectos anteriormente presentados a debate parlamentario.

Por consiguiente, «no será punible la conducta de aquel que con actos necesarios y directos coopere en o cause la muerte a otro cuando este lo haya solicitado de manera expresa, inequívoca y reiterada con arreglo a lo que establezca la legislación (...)»<sup>79</sup>.

## B. El derecho a la eutanasia

La Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia presentada el pasado 3 de mayo de 2018 consta de cinco capítulos (con un total de veintidós artículos), cinco disposiciones adicionales y tres disposiciones finales.

El objeto de la ley es regular el derecho a la eutanasia, entendido como el derecho del enfermo «a solicitar y recibir ayuda a morir», siempre que concurren las circunstancias previstas en la propia norma. Quiere esto decir que, como reconoce la exposición de motivos, esta Ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual. Para el legislador, este nuevo derecho emerge en su vínculo con el derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido como es la vida, así como los derechos a la integridad física y moral de la persona (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10 CE), el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE).

Asimismo, la propia norma determina los deberes del personal sanitario, en concreto, el marco de actuación y las obligaciones de las administraciones e instituciones<sup>80</sup>.

El derecho a la eutanasia queda sujeto a una serie de requisitos exhaustivos, similares a los establecidos en la regulación de otros países:

Ser nacional español o residir legalmente en España.

Disponer de información suficiente, alternativas y posibilidades de actuación.

Realizar la solicitud de forma voluntaria, por escrito<sup>81</sup>. Además, la solicitud deberá repetirse por lo menos en una ocasión en un periodo superior a quince días

<sup>79</sup> RINCÓN, R., “Claves para regular la eutanasia: desde cambiar el código penal a fijar los requisitos”, *El País*, 29 de junio de 2017.

<sup>80</sup> Conviene hacer constar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el año 2013, sentenció que sería inaceptable que un país despenalice y permite conductas eutanásicas sin establecer un régimen legal específico que precise la práctica médica y las conductas legalmente permitidas.

<sup>81</sup> El propio art. 7 de la norma establece: «en caso de encontrarse impedido físicamente para fechar y firmar el documento, otra persona mayor de edad y plenamente capaz podrá fecharlo y firmarlo en su presencia. Dicha persona ha de

naturales. En todo caso, la prestación de ayuda para morir no se realizará hasta que hayan transcurrido quince días desde la última solicitud.

El documento debe ser firmado en presencia de un profesional sanitario que lo rubricará.

Sufrir una enfermedad grave e incurable o padecer una discapacidad grave crónica.

Prestar consentimiento informado previamente a recibir la prestación de ayuda a morir.

En opinión personal, cualquier práctica eutanásica debe determinarse legalmente bajo precisos requisitos formales jurídicos y médicos, no basta con su simple despenalización. Desde un punto de vista jurídico, se debe determinar el ámbito de aplicación; garantizar la absoluta autonomía del paciente y su consentimiento, así como la libertad de conciencia del personal sanitario; y una vez reconocido el derecho, preservar su correcta aplicación. Desde el ámbito médico, se debe favorecer un consentimiento plenamente informado, tanto del procedimiento y consecuencias, como de posibles alternativas; de igual modo, se deben determinar las condiciones que afectan a la situación física y mental del paciente; finalmente, deberán establecerse garantías médicas en la práctica eutanásica.

Con independencia del debate social y jurídico existente en torno a la eutanasia, lo cierto es que la norma parece establecer todas estas pautas mínimas exigibles.

C. Los derechos de los pacientes al servicio de la política. Las garantías del derecho a la eutanasia

La sanidad, generalmente, suele ser una molestia para el gobierno de turno. Estamos ante un sector, el de la sanidad, muy costoso, cuyos resultados son muy importantes para la población. Por ello, la crítica del ciudadano y votante cuando este sector va mal es muy severa y suele condenar duramente esta situación.

Ante este hecho, el legislador ha tomado el camino más sencillo, y ha utilizado, en demasiadas ocasiones, las normas sanitarias y en concreto los derechos de los pacientes como un mecanismo político. Además, la aprobación de este tipo de normas genera una situación muy favorable, el inevitable apoyo de la oposición y por lo tanto una gran victoria política del gobierno de turno.

---

*mencionar el hecho de que quien demanda la ayuda para morir no se encuentra en condiciones de firmar el documento e indicar las razones».*

Esta forma de legislar con fines electorales suele caracterizarse por tres graves carencias según Vicente Bellver Capella<sup>82</sup>: «en primer lugar, no cuentan con medidas presupuestarias para hacerlas efectivas. En segundo lugar, carecen de mecanismos sancionadores específicos que garanticen su cumplimiento. Por último, no prevén mecanismos para que el personal sanitario, al que se encomienda el deber de respetar y hacer efectivos esos derechos, se forme adecuadamente para hacerlo».

En consecuencia, se redactan leyes «vacías», que provocan el desprestigio de estos derechos, y los convierten en simples proclamas políticas<sup>83</sup>. Se legisla con pretensiones propagandísticas que generan una sobreproducción normativa que altera la calidad legislativa. De este modo, se produce una situación paradójica, nos encontramos en un sector ampliamente regulado y, sin embargo, todas las carencias antes expuestas provocan un incumplimiento de la normativa.

En este sentido, la nueva ley de eutanasia refleja luces y sombras. En cuanto a las medidas presupuestarias, la prestación de ayuda a morir quedará incluida en la Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud (por lo que su aplicación no depende de su inclusión en las carteras complementarias de las Comunidades Autónomas). Su financiación será plenamente pública, lo que garantiza igualdad en el acceso y calidad en la prestación.

No obstante, se prevén importantes inconvenientes en el contenido de la norma. Una parte clave en el proceso eutanásico es la participación del profesional sanitario. Establecer una guía metodológica práctica en este caso se estima imprescindible. En primer lugar, permite determinar un *modus operandi* previo independiente a la experiencia que otorga la casuística; en segundo lugar, ofrece una seguridad jurídica indispensable para los profesionales. Sin estos elementos parece difícil que los profesionales se atrevan a ejercer libremente un proceso tan complejo y determinante como es causar la muerte del paciente. Ciertamente, al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud se le encomienda el deber de elaborar un manual de buenas prácticas con unos contenidos mínimos y comunes que sirva para orientar en la correcta puesta en práctica de esta ley, sin embargo, parece evidente que estos «contenidos mínimos» deberán ser complementados.

Por otro lado, es imperativo establecer mecanismos de garantía para el enfermo que desea ver cumplida su solicitud. En este sentido, el legislador establece determinados mecanismos que actúan en distintos niveles. En primer lugar, será el propio profesional médico el que determine la adecuación o no de la solicitud. El

---

<sup>82</sup> BELLVER CAPELLA, V., “Una aproximación a la regulación de los derechos de los pacientes en España”, en *Cuadernos de Bioética*, Vol. 17, 1 (2006).

<sup>83</sup> Como ejemplo de esta afirmación., *vide* BENOT, S., “La Junta de Andalucía presenta una ley de salud sin fondos ni medidas concretas”, *Diario Sevilla; ABC.es*, 17 de marzo de 2017.

facultativo establecerá si el paciente cumple con los requisitos exigidos. Por ello, la determinación específica de las condiciones a cumplir no sólo facilita la resolución del facultativo, sino que aporta un elemento de objetividad. En referencia a la nueva ley de eutanasia, su limitación a únicamente dos supuestos facilita la resolución del facultativo. Sin embargo, considero que el término «enfermedad grave e incurable» (uno de los dos supuestos que permiten la aplicación de la eutanasia) dificulta su dictamen sobre todo cuando alude a «sufrimientos psíquicos», considerablemente más complejos de determinar.

El segundo nivel de garantía para el paciente que inicia el procedimiento se alcanza cuando el médico responsable deniega su solicitud. Este impedimento le permite al paciente reclamar frente a la Comisión de Control y Evaluación. La Comisión designará a dos miembros, un médico y un jurista, para que determinen si se cumplen las condiciones establecidas legalmente.

En base a lo estipulado en la proposición de Ley Orgánica sobre eutanasia, se establecerá una Comisión de Control y Evaluación en cada Comunidad Autónoma (también en las ciudades de Ceuta y Melilla). Lo que es más relevante, cada Comisión de Control y Evaluación deberá disponer de un reglamento de orden interno (no se establece un reglamento genérico), que será elaborado y aprobado por el órgano competente de la administración autonómica. Este último aspecto, sin duda, es el más conflictivo. Es ampliamente conocido el debate social que genera la eutanasia, y la oposición de parte de la esfera política, en concreto de determinados partidos conservadores que gobiernan en numerosas Comunidades Autónomas<sup>84</sup>. La cesión del control de las Comisiones puede desembocar en un boicot político que conlleva la inaplicación de la norma. A *priori*, esto puede provocar el ya conocido turismo sanitario entre las regiones españolas, en busca de Comunidades Autónomas que realicen una aplicación más favorable. Una solución podría ser establecer una Comisión dependiente del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud a la que elevar en última instancia los conflictos generados (lo que sería un tercer nivel de garantía para el paciente).

## VII. CONCLUSIÓN

El debate que se ha generado alrededor de la eutanasia tiene un origen ya lejano, hace ya casi dos décadas que lo relativo a la muerte digna y la eutanasia centran

---

<sup>84</sup> PÉREZ GÁLVEZ, J.F., *Prescripción, indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 44 y ss. En esta obra, Pérez Gálvez destaca el evidente conflicto y sesgo ideológico que afecta desde hace décadas al ámbito sanitario. En esta misma línea: MARTÍNEZ NAVARRO, J. A., “La pobreza sanitaria”, en J.F. PÉREZ GÁLVEZ, *Profesionales de la salud. Problemas jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 275 y ss.

los focos del ámbito científico y académico y, sin embargo, continúa manteniendo una destacable trascendencia en la sociedad actual<sup>85</sup>. Este debate no solo se ha generado en la esfera jurídica, sino que ha afectado a otros muchos ámbitos: política, filosofía, ética, religión, medicina, y un largo etcétera.

Los datos del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) muestran que la mayoría de la población española está a favor de regular la eutanasia y el suicidio asistido. En un estudio publicado en 2018 en la Revista Española de Investigaciones Sociológicas, destaca que el 58% de los españoles contestan que «sí» cuando se les pregunta si apoyan la regulación de la eutanasia frente a solo el 10% que se muestra en contra. Entre el resto de opciones intermedias, la más importante (15%) es la que afirma: «Creo que sí, pero no estoy totalmente seguro»<sup>86</sup>.

Si bien es cierto que en la actualidad la eutanasia no centra los debates ni políticos ni jurídicos, y en concreto en el ámbito de la salud, que son muchos otros y más apremiantes, lo cierto es que el debate se avivó años atrás con el desarrollo de normas autonómicas reguladores de los derechos de las personas ante el proceso final de la vida (Andalucía, Navarra y Aragón)<sup>87</sup>.

El debate jurídico se asienta sobre el reconocimiento jurídico o no de aquellos pacientes en un estado terminal o bajo enfermedades invalidantes a una muerte vo-

---

<sup>85</sup> A finales de siglo, tuvo un gran impacto en los medios de comunicación el caso de don Ramón Sampedro Cameán. Don Ramón tenía la voluntad de quitarse la vida debido a que vivía totalmente paralizado a causa de un accidente, sin embargo, para ello necesitaba ayuda externa. Don Ramón se dirigió a los Tribunales, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, para recabar de los mismos el reconocimiento de ese derecho que pretendía a poner dignamente fin a su vida. Al no obtener satisfacción de los mismos interpuso el 16 de julio de 1996 recurso de amparo constitucional contra el Auto correspondiente de la Audiencia Provincial de La Coruña. Habiendo fallecido don Ramón, doña Manuela Sanlés Sanlés, única heredera del mismo, interesó el 7 de abril de 1998 que se le tuviese por personada en el mencionado recurso de amparo, sucediendo mortis causa y sustituyendo, en su condición de heredera, a don Ramón en el ejercicio de la acción de amparo. El Ministerio Fiscal informó negativamente la petición de doña Manuela, solicitando que se decretase el archivo de las actuaciones, al entender que la acción ejercida no era susceptible de ser transmitida mortis causa en virtud de la herencia. Y ésa es la tesis que el Tribunal Constitucional acoge, aunque utilizando nuevos argumentos para reforzarla. El Auto entiende que la acción ejercida por don Ramón Sampedro, en tanto que dirigida a que se declare su derecho a una muerte digna, con la correlativa declaración de impunidad penal de quienes cooperen a causar aquélla, es de carácter personalísimo, excluyente de la continuidad o sucesión procesal de doña Manuela Sanlés, basada en el título de heredera de aquél. Deniega pues la sucesión procesal, y considera que la pretensión de don Ramón quedó extinguida en el momento mismo en que acaeció su fallecimiento. Al respecto, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Eutanasia", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3 (1998), pp. 1 y 2.

<sup>86</sup> GÜELL, O., "El Congreso debatirá la eutanasia, que cuenta con apoyos suficientes", *El País*, 16 de octubre de 2018.

<sup>87</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J. L., "La relación médico-paciente en situaciones de riesgo grave, de enfermedad invalidante e irreversible, y en el proceso del final de la vida: supuestos y respuestas bioéticas y jurídicas", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6 (2011), p. 1.

luntaria y digna. Las posturas al respecto se han expuesto en numerosa doctrina, de un modo sucinto y en palabras de Beltrán Aguirre, podemos diferenciar dos posturas<sup>88</sup>:

De un lado, aquellos que apoyan este reconocimiento y se basan en argumentos como: el derecho a la vida no se basa en el deber de vivir contra la propia voluntad; la defensa de la integridad física y moral frente a intervenciones médicas que el paciente considere invasivas; el derecho a que se proporcione una vida digna y una muerte digna; y el derecho de toda persona a que se ponga fin a un sufrimiento permanente e innecesario.

Frente a este posición, existe otra postura contraria a la legalización de la eutanasia que usa argumentos como: provocar la muerte de otra persona es contrario a la dignidad de esa persona<sup>89</sup>; el derecho a la vida no es sólo un derecho, sino también un deber; se duda de la capacidad de razonamiento de determinados enfermos terminales, o que están sometidos a un padecimiento psicológico muy grave; se considera que la medicina paliativa es una alternativa a la eutanasia; y finalmente, existe un motivo religioso muy arraigado en la sociedad española.

Al respecto, comparto la opinión de Beltrán Aguirre para el que la argumentación en contra de la eutanasia se cimienta casi en su totalidad sobre la «ética propia de la religión católica»<sup>90</sup>. En consecuencia, defiende la necesidad de una regulación normativa que permita este mecanismo, que supone la máxima expresión de lo que entendemos por autonomía del paciente, que no sería solo una manifestación de nuestra voluntad para decidir cómo vivir sino también cómo morir.

No obstante, una despenalización de la eutanasia debe ir acompañada de unos procedimientos de actuación sujetos a requisitos en la práctica médica, y a establecer cuáles son los supuestos eutanásicos legales y por lo tanto practicables. En este sentido, hay que focalizar el proceso en el adecuado consentimiento del paciente, verificando que es totalmente consciente de la situación; y, por otro lado, asegurando unas prácticas clínicas adecuadas. La regulación y todo el proceso que suponga la práctica de la eutanasia debe de estar minuciosamente controlado, debemos de tener

---

<sup>88</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “En torno a la constitucionalidad de una posible legalización parcial de la eutanasia”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8 (2010), pp. 2 y 3.

<sup>89</sup> PÉREZ PÉREZ, J. A., “La bioética y la eutanasia”, en *Revista El Ágora USB*, Vol. 8, 1 (2008), p. 188. La eutanasia para este autor «se trata en efecto, de una ofensa a la dignidad de la persona humana, de un crimen contra la vida, de un atentado contra la humanidad».

<sup>90</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J. L. (2010: 3).



en cuenta que es en esencia contraria al fin principal para el que ha sido preparado todo facultativo<sup>91</sup>.

En este trabajo se defiende la idea de que el rechazo al tratamiento, la limitación de medidas de soporte vital (o la supresión de las mismas) y la sedación paliativa no deben ser considerados acciones de eutanasia. Principalmente, debido a que estas actuaciones no buscan la muerte del paciente, sino aliviar su sufrimiento y respetar su autonomía humanizando el proceso. Aceptar el derecho de las personas enfermas a rechazar una determinada intervención sanitaria no es sino mostrar un exquisito respeto a la autonomía personal, a la libertad de cada cual para gestionar su propia biografía asumiendo las consecuencias de las decisiones que toma.

El uso de medidas de soporte vital con el único fin de mantener artificialmente una vida sin posibilidad de recuperación es contrario a la dignidad de la vida humana. En definitiva, facilitar a aquellas personas en situación terminal que libremente deseen aceptar la muerte sin sufrimiento no puede ser sino otra expresión del respeto a la dignidad y autonomía del ser humano.

Las prácticas eutanásicas son una realidad social, se llevan a cabo tanto en países que las aceptan legalmente, como en aquellos otros países que las mantienen como tipos penales. De este modo, la regulación sobre eutanasia no debe tener como objetivo principal permitir estas prácticas (puesto que, como acabo de indicar, son una realidad en la sociedad actual). El fin de la regulación debe ser avalar que la práctica eutanásica se presta bajo condiciones médicas y jurídicas que permitan al enfermo lograr su finalidad con garantías.

La nueva proposición de Ley Orgánica situaría a España entre el reducido grupo de países que ha decidido regular y garantizar el procedimiento eutanásico. En cuanto al contenido, la proposición de Ley Orgánica no parece establecer novedad en la regulación de la eutanasia. De este modo, nos encontramos ante una norma poco original, poco osada, que se ajusta a los estándares establecidos en la normativa reguladora existente.

Como gran incógnita, cabría ver su aplicación de acuerdo a los criterios de descentralización característicos de nuestro Sistema Nacional de Salud (SNS), y de acuerdo a lo establecido en la propia proposición. La extensión de la materia a ámbitos políticos hace pensar que pueden desencadenarse diferentes procedimientos eutanásicos, dependiendo de cada región, algunos más flexibles y otros más estrictos.

---

<sup>91</sup> MONTERO, E., “La dimensión sociopolítica de la eutanasia”, en *Derecho y Salud*, Vol. 20, 1 (2010), p. 136. Como reconoce Montero, la eutanasia otorga al cuerpo médico el derecho de dar la muerte a otros hombres.

La desigualdad característica de nuestro SNS, se reflejaría, de igual modo, en la aplicación, acceso y garantía del derecho a la eutanasia.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUILLES SIMÓ, P., “Revisando el llamado «Testamento Vital»”, en *Cuaderno de Bioética*, núm. 21 (2010).

ALBELDA DE LA HAZA, M. L., “Crítica a la calificación como fuga de paciente a toda situación de abandono del centro sin firma de alta voluntaria y sin comunicar la decisión”, en *Derecho y Salud*, Vol. 25, extraordinario XXIV (2015).

APARISI MIRALLES, A., “En torno al principio de la dignidad humana (a propósito de la investigación con células troncales embrionarias)”, en *Cuadernos de Bioética*, 2 (2004).

ARANGO, R., *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externo de Colombia, Bogotá, 2004.

BARRIOS FLORES, L. F., “La sedación terminal”, en *Derecho y Salud*, Vol. 13, 2 (2005).

BAUM, E., “Perspectivas bioéticas. Eutanasia, empatía, compasión y Derechos Humanos”, en *Rev. Bio y Der*, 39 (2017).

BELLVER CAPELLA, V., “Una aproximación a la regulación de los derechos de los pacientes en España”, en *Cuadernos de Bioética*, Vol. 17, 1 (2006).

BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “En torno a la constitucionalidad de una posible legalización parcial de la eutanasia”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8 (2010).

BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “La relación médico-paciente en situaciones de riesgo grave, de enfermedad invalidante e irreversible, y en el proceso del final de la vida: supuestos y respuestas bioéticas y jurídicas”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6 (2011).

BENOT, S., “La Junta de Andalucía presenta una ley de salud sin fondos ni medidas concretas”, *Diario Sevilla.ABC.es*, 17 de marzo de 2017.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Eutanasia”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3 (1998).

BLOCH, E., *El principio esperanza*, Trotta editorial, 2007.

COLEGIO DE MÉDICOS DE BARCELONA, “La asistencia a personas en situaciones de final de vida”, *Documento de Posición del Colegio de Médicos de Barcelona*, 2018.

COMITÉ DE ÉTICA DE LA SECPAL, *Aspectos éticos de la sedación en cuidados paliativos: sedación paliativa/sedación terminal*, Barcelona, 2002.

D'AGOSTINO, F., "La dignidad humana, tema bioético", en A. M. GONZÁLEZ y otros, *Vivir y morir con dignidad*, Eunsa, Pamplona, 2002.

DE MIGUEL BERIAIN, I., "El derecho en el final de la vida: rechazo al tratamiento, limitación del esfuerzo terapéutico, sedación en la agonía, auxilio al suicidio y eutanasia", en A. PALOMAR OLMEDA y J. CANTERO MARTÍNEZ (DirS.), *Tratado de Derecho Sanitario*, Volumen I, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

DEL CANO, M., *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Ed. Pons, Madrid, 1999.

DÍAZ AMADO, E., "La despenalización de la eutanasia en Colombia: contexto, bases y críticas", en *Rev Bio y Der*, núm. 40 (2017).

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "Deberes y responsabilidades de la Administración sanitaria ante rechazos de tratamiento vital por pacientes. A propósito del caso de Inmaculada Echavarría", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 11 (2009).

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "Eutanasia y Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII (1995).

FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., "Leyes para una muerte digna y voluntades anticipadas", en *Derecho y Salud*, Vol. 23, 1 (2013).

FERRER, I., "Los muertos por eutanasia son ya un 4% de los fallecimientos en Holanda", *El País*, 14 de abril de 2017.

GALLEGO RIESTRA, S., "Responsabilidad profesional y gestión de riesgos", en J. M<sup>a</sup> ANTEQUERA VINAGRE, *Derecho Sanitario y Sociedad*, Díaz de Santos, Madrid, 2006.

GARCÍA AMEZ, J., "Autonomía del paciente y rechazo al tratamiento. El derecho a decir «no»", *Derecho y Salud*, Vol. 23, 1 (2013).

GARCÍA ARANGO, G. A., "Derecho a la vida digna. El concepto jurídico del color desde el Derecho Constitucional", en *Opinión Jurídica*, Vol. 6, 12 (2007).

GERMÁN ZURRIARÁIN, R., "Vulneraciones de la dignidad humana al final de la vida", en *Cuadernos de Bioética*, XXCIII (2017).

GIMBERNAT ORDEIG, E., "El problema jurídico de la muerte y el dolor", *Diario El Mundo*, 19 de abril de 2005.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., "La dignidad como fundamento de los derechos: especial referencia al derecho a la vida", en L. FEITO, *Bioética: La cuestión de la dignidad*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004.

GÜELL, O., “El Congreso debatirá la eutanasia, que cuenta con apoyos suficientes”, *El País*, 16 de octubre de 2018.

MARÍN-OLALLA, F., “La eutanasia: un derecho del siglo XXI”, en *Gac Sanit*, 32, 4 (2018).

MARTÍNEZ, K., “Los documentos de voluntades anticipadas”, en *An. Sist. Navar.*, núm. 30, suplemento 3 (2007).

MARTÍNEZ MORA, N., “La dignidad de la persona ante el desafío de la biotecnología”, en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Vol. 1, 1 (2008).

MARTÍNEZ NAVARRO, J. A., “La pobreza sanitaria”, en J. F. PÉREZ GÁLVEZ, *Profesionales de la salud. Problemas jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MARTÍNEZ NAVARRO, J. A., “Los derechos del paciente como usuario del servicio público de salud”, en J. F. PÉREZ GÁLVEZ, *La seguridad del paciente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MONTERO, E., “La dimensión sociopolítica de la eutanasia”, en *Derecho y Salud*, Vol. 20, 1 (2010).

PANEA MÁRQUEZ, J. M., “La imprescindible dignidad”, en A. RUIZ DE LA CUESTA (Coord.), *Bioética y derechos humanos. Implicaciones sociales y jurídicas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005.

PÁNIKER, S., “El derecho a morir dignamente”, en *Anuario de Psicología*, Vol. 29, 4 (1998).

PEREIRA-MENUAT, A.C. y PEREIRA SÁEZ, C., “De nuevo sobre la dignidad humana”, en *Cuadernos de Bioética*, XXV (2014).

PÉREZ GÁLVEZ, J. F., *Prescripción, indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F., “Aseguramiento y protección del derecho a la intimidad del paciente cuando es atendido en presencia de alumnos, residentes en formación o profesionales en estancia formativa o prácticas”, en J.F. PÉREZ GÁLVEZ, *La seguridad del paciente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

PÉREZ MIRAS, A., “Muerte digna y Estatutos de Autonomía”, en *Derecho y Salud*, Vol. 25, XXIV (2015).

PÉREZ PÉREZ, J. A., “La bioética y la eutanasia”, en *Revista El Ágora USB*, Vol. 8, 1 (2008).

RAMOS POZÓN, S. y ROMÁN MAESTRE, B., “Las voluntades anticipadas en pacientes con esquizofrenia: un instrumento para potenciar la autonomía”, en *Revista Asoc. Esp. Neuropsiq.*, 34, 121 (2014).

REY MARTÍNEZ, F., *Eutanasia y derechos fundamentales*, CEC, 2008.

RINCÓN, R., “Claves para regular la eutanasia: desde cambiar el código penal a fijar los requisitos”, *El País*, 29 de junio de 2017.

ROMEO CASABONA, C. M. y CANTERO MARTÍNEZ, J., *Derecho Sanitario y Bioética*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ROMEO CASABONA, C. M., “La eutanasia en el derecho comparado y en el código penal español”, en S. URRACA (Ed), *Eutanasia hoy. Un debate abierto*, Editorial Noesis, Madrid, 1996.

ROYES, A., “La eutanasia y el suicidio médicamente asistido”, en *Revista Psicooncología*, Vol. 5, 2-3 (2008).

SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN SÁNCHEZ, F., *Derechos y deberes de los pacientes*, Comares, Albolote, 2003.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. P., *La impropiamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

SERNA BERMUDEZ, P., “La Dignidad Humana en la Constitución Europea”, en *Persona y Derecho*, núm. 52 (2005).

SILVA ALARCÓN, D., “La Eutanasia. Aspectos Doctrinarios y Aspectos Legales”, en *Cuadernos de Estudio – Centro de Estudios Biojurídicos*.

SINGER, P., *Ética Práctica*, Organización Editorial de la Universidad de Cambridge, Cambridge, 1995.

SPAEMANN, R., “Sobre el concepto de dignidad humana”, en C. MASSINI y P. SERNA, *El derecho a la vida*, Eunsa, Pamplona, 1998.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A., y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., “Cooperación e inducción al suicidio. La eutanasia”, en *Tratados y Manuales (Civitas)*, Aranzadi, 2011.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., “Cooperación e inducción al suicidio. La eutanasia”, en *Tratados y Manuales (Civitas)*, Aranzadi, 2011.

TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nueva C.P. (art. 143)*, Tirant lo Blanch, 2000.

TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C., *Posibilidades de la regulación de la eutanasia solicitada*, Fundación Alternativas, 2005.

TREJO GARCIA, E. C., *Legislación Internacional y Estudio de Derecho Comparado de la Eutanasia*, Servicio de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior, México, D.F., 2007.

TRIVIÑO CABALLERO, R., “Autonomía del paciente y rechazo del tratamiento por motivos religiosos. A propósito de la STC 154/2002 de 18 de julio de 2002”, en *Revista para el análisis del derecho*, núm. 3 (2010).

ZUGALDIA, J. M., “Perspectivas Constitucionales y Político-Criminales sobre la Legalización de la Eutanasia”, en S. URRACA MARTÍNEZ, *Eutanasia Hoy. Un debate abierto*, Editorial Noesis, Colección humanidades Médicas, 1996.





# El principio de “smart regulation” en la normativa urbanística y de ordenación del territorio

*María Teresa Barranco Pérez*

Abogada

Personal Investigador en Formación (PIF)

Universidad de Málaga

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE “SMART REGULATION”. II. IMPLEMENTACIÓN DEL CONCEPTO DE “SMART REGULATION” EN ESPAÑA. III. LA MEMORIA DEL ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO: Especial referencia al Real Decreto 931/2017, de 27 de Octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. IV. LA IMPORTANCIA DE UNA REGULACIÓN INTELIGENTE PARA LA TRANSFORMACIÓN URBANÍSTICA DEL TERRITORIO: ESPECIAL REFERENCIA A LA AUTONOMÍA LOCAL. V. EL PRINCIPIO DE “SMART REGULATION” EN LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA Y TERRITORIAL. VI. CONSIDERACIONES PREVIAS A LA ELECCIÓN DEL MODELO TERRITORIAL. VII. INVESTIGACIÓN EXPLORATORIA Y BIBLIOGRÁFICA.

RESUMEN: Con carácter previo a la entrada en vigor de una norma urbanística o de ordenación del territorio, debemos ser conscientes del efecto y las consecuencias tanto sociales como económicas que su aplicación va a generar y que condicionará no sólo la viabilidad de la norma en cuestión sino el desarrollo futuro del territorio donde se aplique. Es por ello que dicha norma no sólo tiene que ser más eficaz y eficiente en la consecución de los objetivos de interés público que se persiguen sino que tiene que ser capaz de aportar un verdadero valor añadido, así como provocar beneficios amplios a costes mínimos, respetando los principios de subsidiariedad y proporcionalidad con el fin de lograr un marco reglamentario simple, claro, estable y predecible, tanto para las empresas como para los ciudadanos, esto es, conseguir una “regulación inteligente” (Smart regulation) en la ordenación del territorio.

PALABRAS CLAVES: regulación inteligente, urbanismo, ordenación del territorio, viabilidad, desarrollo

---

Recibido: 26/03/2018.

Aceptado: 9/11/2018.

**ABSTRACT:** Prior to the approval and application of an urban or territorial planning, we must be aware of their effects and the social and economic consequences that its application will generate. That will condition not only the viability of the law or planning in question but also the future development of the territory where it is applied. That is why it must not only be more effective and efficient in achieving the public interest objectives pursued, but it must be able to provide real added value, as well as bring about wide benefits at minimum costs, respecting the principles of subsidiarity and proportionality in order to achieve a simple, clear, stable and predictable regulatory framework for both companies and citizens, that is, to achieve “smart regulation” in territorial planning.

**KEY WORDS:** Smart regulation, urban and territorial planning, viability, development.

## I. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE “SMART REGULATION”

El principio de “Smart Regulation” o de Regulación Inteligente deviene, en un primer momento, de otro concepto, el de “Better Regulation” o Buena Regulación, propiciatorio de la desregulación y la simplificación de las normas, aunque va un paso más allá, inspirándose en la creación de un marco regulatorio de calidad, basado en el conocimiento preciso de todos los elementos existentes y de la repercusión real de la normativa a aprobar no sólo para alcanzar los objetivos pretendidos sino para desarrollar, igualmente, la actividad económica. Para ello es esencial el conocimiento de “buenas prácticas” existentes en el ámbito normativo estudiado y el contacto directo con el sector privado, a efectos de identificar en qué casos es necesario una solución reguladora y qué forma debe adoptar ésta para favorecer e incentivar la creación de riqueza.

Los esfuerzos de la Unión Europea para mejorar y simplificar el complejo entramado normativo comenzaron a principios de 1980. Ya en 1985 se adoptaron determinadas medidas en torno a la constitución del Mercado Único Europeo y en el Consejo Europeo de Edimburgo de 1992, se asumió, como prioridad principal, la simplificación y mejora del escenario normativo de la Unión Europea.

El Tratado de Maastricht, en 1993, dio especial relevancia a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad normativa y, posteriormente, un Informe anual de la Comisión al Consejo Europeo sobre “Better law-making” marcaba las pautas para su desarrollo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “Declaration 39 on the quality of the drafting of Community legislation”, incluida en el Acta Final del Tratado de Amsterdam de 1997.

En el año 2000, la Unión Europea se propuso un nuevo objetivo para esa década, el de preparar la transición a una economía competitiva, dinámica y basada en el conocimiento, y a la que se denominó la Estrategia de Lisboa. La consecución de este objetivo dependía, entre otros factores, de la creación de un escenario normativo claro, simple, funcional y efectivo y para preparar las correspondientes recomendaciones en esta área, se constituyó un grupo de expertos de la Comisión Europea y de los Estados miembros, cada uno de acuerdo a sus respectivas competencias, a cargo de Dieudonné Mandelkern. En noviembre de 2001 se presenta el conocido como “Mandelkern Report”, que contenía una batería de propuestas con plazos y fechas límites para la mejora de la calidad y la simplificación de las normas así como para la adopción de medidas de reforma legal en los Estados miembros, incluyéndose en esta simplificación la reforma de las Administraciones Públicas. Para ello, se amplió el Programa SLIM (Simpler Legislation for the Internal Market), que había venido operando desde 1997<sup>2</sup>.

En 2005 se produce un cambio en el contenido de las políticas destinadas a mejorar el marco normativo de la Unión Europea por cuanto, tras el análisis de los textos normativos europeos se observa una falta de coherencia y de consistencia en los mismos que generan una falta de claridad en su aplicación e interpretaciones divergentes por parte de los Estados miembros. Así, y a partir de ese año, las resoluciones y políticas en torno al concepto de “Better Regulation” devienen en “Smart Regulation” por cuanto no se trata sólo de mejorar el marco normativo existente sino de dar un paso más y desarrollar dicho marco normativo de una forma inteligente, eficaz y clara<sup>3</sup>.

Fruto de esta evolución es la Directiva de Servicios Europea 2006/123/CE, de 12 de Diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, enmarcada en la Estrategia Europea 2020, y encaminada a la mejora del funcionamiento del Mer-

---

<sup>2</sup> Para asegurar el éxito y la fortaleza de esta iniciativa, la Comisión Europea presentó en Junio de 2002 una serie de medidas en el campo de la “*Better Regulation*”, COM (2002) 278 final, y una propuesta de reducción del volumen normativo en 2003, COM/2003/0071 Final.

<sup>3</sup> Así, la Comisión Europea emite varias Comunicaciones al respecto con objeto de guiar y orientar la implementación del concepto de “Smart Regulation” en aquellos sectores donde se ha detectado mayor confusión y diferencias interpretativas. A modo de ejemplo, “*Communication from the Commission on Impact Assessment*”, COM(2002) 276, de 5 de junio de 2002, “*Communication from the Commission to the Council and the European Parliament ‘Better Regulation for Growth and Jobs in the European Union’*”, COM (2005) 97, SEC (2005) 175, de 16 de Marzo de 2005, o “*Impact Assessment Guidelines*”, SEC (2005) 791, de 15 de Junio de 2005, actualizado en Maro de 2006.

En el mismo sentido el estudio realizado para la 44 reunión de Directores Generales responsables de las Administraciones Públicas de los Estados miembros de la UE, *Milestones on the way to Better Regulation at the European Union Level*, KONZENDORE, G., WORDELMANN, P., BÖLCK, S. y VEIT, S. Luxemburgo, Junio 2005.

cado Único de Servicios, que propugnaba en sus Considerandos 42 y siguientes, la aplicación de principios de simplificación administrativa para evitar la complejidad, extensión e inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos en el acceso a las actividades de servicios, la eliminación de redundancias y costes excesivos, el derecho a la información, el establecimiento de procedimientos y trámites por vía electrónica y las ventanillas únicas administrativas. Tal es la importancia que la propia directiva asigna a la simplificación administrativa como elemento esencial para la mejora de la calidad de los servicios en el espacio europeo, que le dedica un capítulo completo.

Así, el capítulo segundo de dicha norma, artículos 5 a 8, comienza con el mandato a los Estados miembros, de verificar los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio, y la obligación de simplificarlos en el caso de que tanto los procedimientos como las formalidades requeridas no sean lo suficientemente simples (art. 5.1).

En España, la transposición de los artículos incluidos en este capítulo segundo se realizó a través de la Ley 11/2007, de 22 de Junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, en relación a la Ventanilla única, el Derecho de Información y los procedimientos por vía electrónica<sup>4</sup>.

Con motivo de la evaluación de la implementación de la “Directiva de Servicios” en los estados miembros, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones denominada “Hacia un mejor funcionamiento del Mercado Único de Servicios, partiendo de los resultados del proceso de evaluación recíproca de la Directiva de Servicios” (COM (2010) 2020 Final) se indica que, siendo los servicios la fuerza motriz de la economía de la Unión Europea, es esencial contar con un mercado único de servicios que funcione bien y esté verdaderamente integrado, debiendo aprovechar el enorme potencial que ofrece dicho mercado único como catalizador para generar crecimiento sostenible y empleo, ampliar las posibilidades de elección de los consumidores y abrir nuevas oportunidades a las empresas.

Especialmente importante es, en este sentido, el compromiso del Consejo de la Unión Europea que, a mediados del 2012 inició un periodo de consultas públicas con objeto de reunir las valoraciones de todos los interesados, culminando, el 19 de

---

<sup>4</sup> Posteriormente, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 17/2009, de 23 de Noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (una de las dos normas, junto con la Ley 25/2009, por las que el Estado español procedió a la transposición de la Directiva de Servicios), dispone la creación de un Comité transversal en el que participen todas las Administraciones Públicas, y cuyos objetivos son los de facilitar la tramitación de las actividades de servicios y la correcta transposición de la Directiva de Servicios por parte de todos los operadores administrativos.

Mayo de 2015, con la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la Propuesta de Acuerdo Interinstitucional sobre la mejora de la legislación (COM 2015, 216 final)<sup>5</sup>. En ella, las tres instituciones comunitarias reconocen su responsabilidad compartida de mejorar la legislación, de velar por que la legislación de la Unión se centre en aquellos ámbitos en los que tenga mayor valor añadido, sea lo más eficiente y eficaz posible, comporte la menor carga posible para las partes interesadas y esté concebida para facilitar su transposición y su aplicación práctica y para fortalecer la competitividad y la sostenibilidad de la economía de la Unión. Y, de hecho, recuerdan la obligación de la Unión de legislar sólo cuando sea necesario, de conformidad con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad conforme al artículo 5 del tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Reflejo de todo ello ha sido la creación de un grupo operativo (“task force”) sobre el escenario 4 definido en el Libro Blanco sobre el futuro de Europa<sup>6</sup> y denominado “Hacer menos pero de forma más eficiente” (“Doing less, More efficiently”). Este Grupo operativo, creado oficialmente el 14 de Noviembre de 2017, bajo la dirección del primer vicepresidente Frans Timmermans, está compuesto por tres miembros de los Parlamentos Nacionales de Austria, Bulgaria y Estonia, y tres miembros del Comité Europeo de las Regiones, aunque sin ninguna representación del Parlamento Europeo, teniendo, entre sus tareas principales la de estudiar cómo aplicar mejor los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en el trabajo de las instituciones de la Unión (en particular en lo que respecta a la preparación y aplicación de la legislación y las políticas) y la de detectar maneras de mejorar la participación y seguimiento de las políticas de la Unión.

Como resultado del trabajo conjunto y las aportaciones de ciudadanos y otros agentes de la sociedad civil, con fecha de 10 de Julio de 2018 se hizo público el Informe al Presidente de la Comisión Europea del Grupo Operativo sobre Subsidiariedad, Proporcionalidad y “Hacer menos pero de forma más eficiente”<sup>7</sup>. En dicho Informe, el grupo operativo alcanza varias conclusiones generales y presenta nueve recomendaciones junto con medidas concretas, dirigidas a los Parlamentos Nacionales, a las Administraciones Locales y Regionales, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Europeo de las Regiones y a la Comisión Europea.

---

<sup>5</sup> En ella, se reafirma la importancia de “la transparencia del proceso legislativo, la legitimidad democrática, la subsidiariedad, la proporcionalidad, la seguridad jurídica y la sencillez, claridad y coherencia en la redacción de la legislación”.

<sup>6</sup> [http://ec.europa.eu/commission/white-paper-future-europe\\_es](http://ec.europa.eu/commission/white-paper-future-europe_es)

<sup>7</sup> <https://ec.europa.eu/commission/files/report-task-force-subsidiarity-proportionality-and-doing-less-more-efficiently>

Partiendo de que es necesaria una nueva forma de trabajar para mejorar los actuales procesos de elaboración de políticas y para posibilitar que la Unión utilice sus recursos de manera más eficiente para permitir a las administraciones locales y regionales y a los Parlamentos nacionales realizar una contribución más eficaz a la elaboración de políticas, al diseño de nueva legislación y a la garantía del respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, proponen la utilización de una plantilla tipo para que la Comisión Europea, los Parlamentos nacionales y regionales, el Comité Europeo de las Regiones, el Parlamento Europeo y el Consejo puedan evaluar de manera más coherente la subsidiariedad y la proporcionalidad en todo el proceso de toma de decisiones.

En palabras del Presidente del Grupo Operativo, Frans Timmermans, “En la actualidad, contamos con 41 cámaras parlamentarias nacionales, 74 asambleas legislativas regionales, alrededor de 280 regiones, y 80.000 administraciones locales. Todas ellas participan directamente en la aplicación sobre el terreno de las políticas de la UE. Deberían escucharse sus preocupaciones y experiencia práctica de manera más sistemática si queremos políticas que funcionen y a la vez respeten el carácter y la identidad de nuestras naciones, regiones y municipios. Espero que al ofrecer información más significativa sobre cómo se hacen las cosas, nuestros Parlamentos nacionales y las administraciones locales y regionales puedan también ser embajadores y defensores más efectivos de la Unión europea”<sup>8</sup>.

Una de las conclusiones de dicho informe se centra en la necesidad de desarrollar un mecanismo que identifique y evalúe la legislación desde la perspectiva de la subsidiariedad, la proporcionalidad, la simplificación, la densidad legislativa y el papel de las administraciones locales y regionales.

El Estado español implementa por vez primera este concepto en la Ley 2/2011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible, donde se establece con carácter general un marco para el desarrollo de las políticas de mejora regulatoria en todas las Administraciones Públicas y se otorga un papel destacado al análisis de impacto normativo. Los cuatro elementos que sustentan este marco de mejora normativa se resumen en los siete criterios y/o directrices que deben seguir las políticas públicas, los instrumentos a disposición de las Administraciones para su ejecución, los objetivos de adaptación de la normativa existente y los mecanismos para su seguimiento.

En un primer lugar nos encontramos el criterio de la Necesidad, por el que se establece que las iniciativas normativas deben estar justificadas por razones de interés general, que hagan aconsejable contar con una regulación específica.

---

<sup>8</sup> Prólogo del Presidente del Grupo Operativo. Informe de 10 de Julio de 2018.

Por otra parte, y en virtud de la Proporcionalidad, la regulación debe elegir el instrumento más adecuado, frente a soluciones alternativas posibles, ya sean de carácter normativo u otras, para la consecución del objetivo que se persigue. Esto es, si la premisa es que la regulación debe ser la mínima posible para la consecución de los fines que se pretenden, la regulación inteligente debe confirmar que no existen otras medidas menos restrictivas o distorsionantes de las decisiones privadas que permitan obtener el mismo resultado.

El tercer criterio para la regulación inteligente será el de Seguridad Jurídica, entendiéndose por tal que las propuestas regulatorias deben fomentar un entorno de certidumbre que favorezca la adopción de las decisiones económicas por parte de los agentes y que mantenga la coherencia con el resto del ordenamiento jurídico-económico.

En cuarto y en quinto lugar, por su obviedad, la Simplicidad, en el sentido de que debe facilitarse el conocimiento y la comprensión del marco normativo con claridad en sus disposiciones y sencillez en su lenguaje, y la Eficacia, identificando objetivos claros y directos para evitar cargas innecesarias y accesorias para su consecución.

Los dos últimos criterios recogidos en la Ley 2/2011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible aluden a la rendición de cuentas por parte del regulador: El de Transparencia en cuanto a los objetivos y justificación de la regulación y el de Accesibilidad de la normativa con objeto de favorecer la participación activa de los sectores y colectivos implicados o afectados por la regulación en su proceso de elaboración (en particular mediante mecanismos de consulta).

En resumen, y como la propia Ley recoge en su Preámbulo, se persigue la promoción de un marco normativo “fácilmente accesible por los ciudadanos y agentes económicos, posibilitando el conocimiento rápido y sencillo de la normativa vigente que resulte de aplicación y sin más cargas administrativas para los ciudadanos y empresas que las estrictamente necesarias para la satisfacción del interés general”.

Sobre esta base, la Ley de Economía Sostenible recoge los instrumentos a disposición de las Administraciones Públicas para la mejora de la regulación y la aplicación del Principio de Regulación Inteligente, tales como los instrumentos de análisis previo de iniciativas normativas para garantizar que se tengan en cuenta los efectos de cualquier tipo que éstas produzcan, con objeto de evitar a ciudadanos y empresas costes innecesarios o desproporcionados en relación al interés general perseguido.

También se da especial relevancia a los procedimientos de consulta pública a los efectos de prestar la máxima atención en la elaboración de proyectos normativos,

fomentando la participación de los interesados con el fin de mejorar la calidad de la norma.

Tras todo este análisis preventivo, la Ley de Economía Sostenible también recoge la previsión de procedimientos de evaluación a posteriori de la actuación normativa, con objeto de revisar aquella ya existente con expresa indicación a las Administraciones Públicas de la necesidad de revisión periódica de la normativa vigente para adaptarla a los Principios de Regulación Inteligente.

A lo expuesto, hay que añadir la regulación de la Memoria del Análisis del Impacto Normativo a través del Real Decreto 1083/2009, de 3 de Julio, pieza clave en el objetivo de mejora de la legislación desde la conciencia del papel que los ordenamientos jurídicos ostentan como motor del desarrollo económico sostenible, la competitividad y la creación de empleo y la Guía Metodológica para la elaboración de dichas Memorias, aprobada por Consejo de Ministros en Diciembre de 2009, que ha supuesto la sustitución de las conocidas “Memorias Económicas”, prestando especial atención a la valoración del impacto económico de las propuestas normativas mas allá de la mera estimación del coste presupuestario.

Siguiendo esta línea, y tras la Creación de la Comisión para la reforma de las Administraciones Públicas aprobada mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de Octubre de 2012<sup>9</sup>, el desarrollo de los Principios de Regulación inteligente se ha visto plasmado en la Ley 19/2013, de 9 de Diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno o en la Ley 20/1013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, si bien la más reciente es la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas, cuyo Preámbulo se remite al informe elaborado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas en junio de 2013 partiendo del convencimiento de que una economía competitiva exige unas Administraciones Públicas eficientes, transparentes y ágiles y al Programa nacional de reformas de España para 2014 que recogía expresamente la aprobación de nuevas leyes administrativas como una de las medidas a impulsar para racionalizar la actuación de las instituciones y entidades del poder ejecutivo, mejorar la eficiencia en el uso de los recursos públicos y aumentar su productividad.

El texto viene a reconocer los defectos que tradicionalmente se han venido atribuyendo a las Administraciones españolas y que, si bien obedecen a varias causas, destaca entre ellas que el marco normativo en el que se ha desenvuelto la actuación pública ha propiciado la aparición de duplicidades e ineficiencias, con procedimien-

---

<sup>9</sup> Su objetivo principal era la adaptación y modernización de las Administraciones Públicas al nuevo contexto social y hacer de las mismas un elemento práctico y dinámico de servicio útil y eficiente a los administrados.



tos administrativos demasiado complejos que, en ocasiones, han generado problemas de inseguridad jurídica.

La ley 39/2015 de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas pretende, para superar estas deficiencias, realizar una reforma integral y estructural que permita ordenar y clarificar cómo se organizan y relacionan las Administraciones tanto externamente, con los ciudadanos y empresas, como internamente con el resto de Administraciones e instituciones del Estado.

En coherencia con este contexto, propone una reforma del ordenamiento jurídico público articulada en dos ejes fundamentales: las relaciones «ad extra» y «ad intra» de las Administraciones Públicas, constituyendo esta Ley el primero de estos dos ejes, al establecer una regulación completa y sistemática de las relaciones «ad extra» entre las Administraciones y los administrados, tanto en lo referente al ejercicio de la potestad de autotutela y en cuya virtud se dictan actos administrativos que inciden directamente en la esfera jurídica de los interesados, como en lo relativo al ejercicio de la potestad reglamentaria y la iniciativa legislativa. Queda así reunido en cuerpo legislativo único la regulación de las relaciones «ad extra» de las Administraciones con los ciudadanos como ley administrativa de referencia que se debe complementar con todo lo previsto en la normativa presupuestaria respecto de las actuaciones de las Administraciones Públicas.

Haciendo expresa referencia a la mejora de la producción normativa (“Better regulation” y “Smart regulation”), concluye que es necesario contar con una nueva regulación que, terminando con la dispersión normativa existente, refuerce la participación ciudadana, la seguridad jurídica y la revisión del ordenamiento<sup>10</sup>.

El segundo de los ejes referidos lo encontramos en la Ley 40/2015, de 1 de Octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público. En su Preámbulo, al igual que en la norma anterior, se reconoce que las Administraciones Públicas, lejos de constituir un obstáculo para la vida de los ciudadanos y las empresas, deben facilitar la libertad individual y el desenvolvimiento de la iniciativa personal y empresarial. Para ello

---

<sup>10</sup> Su Preámbulo reconocía que: “Con estos objetivos, se establecen por primera vez en una ley las bases con arreglo a las cuales se ha de desenvolver la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas con el objeto de asegurar su ejercicio de acuerdo con los principios de buena regulación, garantizar de modo adecuado la audiencia y participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas y lograr la predictibilidad y evaluación pública del ordenamiento, como corolario imprescindible del derecho constitucional a la seguridad jurídica. Esta novedad deviene crucial especialmente en un Estado territorialmente descentralizado en el que coexisten tres niveles de Administración territorial que proyectan su actividad normativa sobre espacios subjetivos y geográficos en muchas ocasiones coincidentes. Con esta regulación se siguen las recomendaciones que en esta materia ha formulado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su informe emitido en 2014, Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement”

considera imprescindible establecer un marco normativo que impida la creación de órganos o entidades innecesarios o redundantes, y asegure la eficacia y eficiencia de los entes públicos, ejerciendo sobre ellos una supervisión continua que permita evaluar el cumplimiento de los objetivos que justificaron su creación, y cuestionar su mantenimiento cuando aquellos se hayan agotado o exista otra forma más eficiente de alcanzarlos.

Hay que apuntar que dicha regulación se ha visto afectada por la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 55/2018, de 24 de Mayo, tras recurso de inconstitucionalidad 3628/2016 interpuesto por el gobierno de la Generalidad de Cataluña. Dicha Sentencia declara que el artículo 129 (Principios de Buena Regulación), salvo los párrafos segundo y tercero de su apartado cuarto, y los artículos 130 (Evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación), 132 (Panificación Normativa) y 133 (Participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley o reglamentos) son contrarios al orden constitucional de distribución de competencias.

Así, en su Fundamento Jurídico 7 b) se especifica que los Estatutos de Autonomía reconocen la iniciativa legislativa a los gobiernos autonómicos, no a sus administraciones y que el ejercicio de la actividad legislativa por parte de las Comunidades Autónomas, en general, y la elaboración de anteproyectos de ley, en particular, quedan por completo al margen del artículo 149.1.18 CE en lo que se refiere tanto a las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas como al procedimiento administrativo común. Por ello, considera que dichos artículos, al referirse al ejercicio por parte de los gobiernos nacional y autonómico, tanto de la potestad reglamentaria como de la iniciativa legislativa, invaden las competencias que las Comunidades Autónomas tienen atribuidas estatutariamente en orden a organizarse y regular la elaboración de sus leyes.

Tales circunstancias no conllevan la nulidad de los citados artículos, si bien, para remediar la invasión competencial señalada, se declara que estos preceptos son contrarios al orden constitucional de competencias y que, en consecuencia, no son aplicables a las iniciativas legislativas de las Comunidades Autónomas.

También declara esta Sentencia contrarios al orden constitucional de competencias los artículos 132 y 133, salvo el inciso de su apartado primero, “con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública” y el primer párrafo de su apartado cuarto, en los términos de lo dispuesto en el Fundamento Jurídico 7 c).

En dicho apartado, y reiterando la STC 91/2017 (Fundamento Jurídico Sexto), se concluye que dicha declaración de invasión competencial tampoco conlleva la

nulidad de los preceptos, habida cuenta de que los mismos se aplican en el ámbito estatal.

Con independencia de estas cuestiones competenciales analizadas por la jurisprudencia reciente, lo que resulta especialmente sorprendente, después de todo lo expuesto, es la inexistencia de estos Principios de Regulación Inteligente en la normativa urbanística y de ordenación territorial, eminentemente restrictiva, confusa y contradictoria, donde se impone al ciudadano y a los agentes económicos una serie de normas dispersas y de difícil entendimiento, en un modelo de ciudad o de región diseñado a través de Planes Generales de Ordenación Urbanística o de Ordenación del Territorio cuya tramitación es lenta, laboriosa y opaca, y que repercute directamente en el desarrollo económico de los municipios.

## II. LA MEMORIA DEL ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO: ESPECIAL REFERENCIA AL REAL DECRETO 931/2017, DE 27 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE REGULA LA MEMORIA DEL ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO

El proceso de evaluación de impacto y sus valoraciones, se basan en el principio del análisis proporcionado al que nos hemos referido con anterioridad al hablar de las Recomendaciones del Informe de 10 de Julio de 2018, del Grupo operativo sobre Subsidiariedad, proporcionalidad y “hacer menos pero de forma más eficiente”. Se trata de evaluar aquello que es importante para un expediente normativo concreto con carácter previo, de manera que el funcionamiento y el resultado de la legislación se compruebe antes de que se realicen propuestas para su modificación. Dicha evaluación deberá supervisar la eficacia, la eficiencia económica, la pertinencia, la coherencia y el valor añadido que dicha modificación pueda implicar.

La evaluación previa de las políticas públicas y del impacto normativo de las leyes, o evaluación ex-ante, es un factor fundamental para el éxito de las mismas y para la mejora de la calidad, la eficiencia y la eficacia de la intervención pública<sup>11</sup>. No sólo es necesario que, con carácter previo a la entrada en vigor de una norma, seamos conscientes del efecto y las consecuencias tanto sociales como económicas que su aplicación va a generar también es una responsabilidad directa de los órganos de la administración encargados de su tramitación y aprobación, y que condiciona la viabilidad de la norma en cuestión.

---

<sup>11</sup> Así, FERNÁNDEZ DÍEZ-PICAZO, M. y MATEO FEITO, M., en su artículo “Evaluación de impacto normativo en España”, en *Revista Presupuesto y Gasto Público*, núm. 68 (2012), pp. 111-124, Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, Instituto de Estudios Fiscales (2012), reconocen que “la evaluación previa, o análisis de impacto normativo, tiene un papel central en las políticas de mejora regulatoria por su contribución a la calidad del proceso de toma de decisiones”.

Esta evaluación o análisis de impacto normativo tiene como objetivo identificar y ordenar toda la información relevante para valorar una iniciativa legislativa y así facilitar la toma de decisiones sobre la misma, y es uno de los pilares fundamentales de la Política de “Smart Regulation” de la Comisión Europea<sup>12</sup>.

Resulta obvio que estos análisis o evaluaciones previas a la entrada en vigor de una norma no sólo tienen un carácter preventivo sino eminentemente práctico. El hecho de estudiar la implicación directa e indirecta de la regulación proyectada en el sector de población al que irá dirigida, o sus costes y “beneficios” contribuyen a evidenciar la viabilidad (o no) de la norma influyendo en el crecimiento económico de la zona o región a largo plazo.

En la última década han venido aprobándose un conjunto de medidas para impulsar la mejora de la regulación y actuación de la Administración<sup>13</sup>, en la línea seguida tanto por la Unión Europea como por la Organización para la Cooperación y el desarrollo Económico (OCDE), que defienden una regulación inteligente que permita dinamizar la actividad económica, simplificar procesos y reducir cargas administrativas, siendo las memorias del análisis del impacto normativo, como evaluación “ex ante”, los instrumentos claves para alcanzar dichos objetivos<sup>14</sup>.

Como hemos indicado en el epígrafe anterior, la Comisión Europea publicó el 19 de Mayo de 2015 el documento “Better Regulation Package”, un paquete de mejoras normativas que incluye una serie de herramientas tales como la identificación de los objetivos de las políticas públicas, la evaluación respecto si la normativa es o no necesaria, cómo puede ser más eficaz y eficiente para lograr los objetivos propuestos y la consideración de alternativas y ventajas de distintos enfoques en orden a la identificación del más adecuado.

A efectos prácticos, desde el lanzamiento del Programa de Adecuación de la normativa (REFIT) con objeto de simplificar la legislación vigente por parte de la Comisión Europea se han emprendido casi 200 iniciativas de reducción de cargas y simplificación normativa: Nuevas normas en materia de contratación electrónica (para reducir costes de contratación en un 20%), un plan de acción sobre el IVA (con el que se prevé una reducción de los costes de cumplimiento de las obligaciones

<sup>12</sup> MONTIN, C. H., “La Smart Regulation nell’Unione Europea”. En F. BASILICA Y F. BARAZZONI, *Verso la Smart Regulation in Europa/Towards Smart Regulation in Europe*, Maggioli Editori, 2013.

<sup>13</sup> Entre ellas, el Real Decreto 1083/2009, de 3 de Julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo y la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de Diciembre de 2009.

<sup>14</sup> Así, la OCDE, en su Recomendación sobre política normativa y gobernanza de 2012, y en el Informe emitido en 2014 “*Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement*”, insiste en la idea de incluir la evaluación de impacto regulatorio en las etapas iniciales del proceso de diseño de políticas públicas y de formulación de propuestas normativas.

empresariales de, al menos, un 55%) o la puesta en marcha de un programa de simplificación de la política agraria común (con objeto de reducir sustancialmente los 250 Reglamentos existentes en la materia)<sup>15</sup>.

En España, tras los cambios normativos producidos en estos últimos años y, en concreto, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que modifica “ad hoc” la Ley 50/1997, de 27 de Noviembre, del Gobierno, se hacía necesaria la aprobación de una nueva norma que adaptara las Memorias del Análisis del Impacto Normativo a la realidad jurídica actual.

El 14 de Noviembre de 2017 se publicó en el Boletín Oficial del Estado, el Real Decreto 931/2017, de 27 de Octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis del Impacto Normativo, que deroga el anterior Real decreto 1083/2009, de 3 de Julio, con entrada en vigor a los 20 días de su publicación, esto es, el 14 de Diciembre de 2017.

Esta norma, que tiene por objeto desarrollar las previsiones contenidas en la Ley 50/1997, de 27 de Noviembre, del Gobierno, en lo que se refiere a la memoria del análisis del impacto normativo que debe acompañar a los anteproyectos de ley y proyectos de reales decretos-leyes, reales decretos legislativos y normas reglamentarias, se compone de tres artículos donde se estructura y se define el contenido de la memoria del análisis de impacto normativo, estableciéndose la posibilidad de una “Memoria Abreviada” cuando de la propuesta normativa no se deriven impactos apreciables o significativos.

Como regla general, la memoria del análisis del impacto normativo deberá contener una serie de consideraciones entre las que se encuentra la oportunidad de la propuesta de norma, que deberá incluir la identificación clara de los fines y objetivos perseguidos, la explicación de su adecuación a los principios de buena regulación recogidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015 y, en especial, a los principios de necesidad, eficiencia y proporcionalidad<sup>16</sup>, el análisis de las alternativas existentes y la justificación específica de la necesidad de dicha norma en el caso de que no figure en el Plan Anual Normativo regulado en el artículo 25 de la Ley 50/1997<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> COM (2016) 615 FINAL, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, de 14 de Septiembre de 2016. “*Legislar mejor: obtener mejores resultados para una Unión más fuerte*”.

<sup>16</sup> Respecto a este último, la norma determina que la iniciativa debe contener una regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos o que impongan menos obligaciones a los destinatarios.

<sup>17</sup> Según este precepto, el Gobierno aprobará anualmente un Plan Normativo que contendrá las iniciativas legislativas o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente y que identificará, con arreglo a los criterios que se establezcan reglamentariamente, las normas que habrán

También deberá contemplarse el contenido y análisis jurídico con las principales novedades introducidas, su engarce con el derecho nacional y de la Unión Europea, el listado pormenorizado de las normas a derogar, y la justificación, en caso de que se introduzcan trámites adicionales o distintos a los contemplados en la Ley 39/2015, atendiendo a la singularidad de la materia o de los fines perseguidos en la propuesta normativa. Asimismo, deberá hacerse referencia a su vigencia temporal, la entrada en vigor el rango normativo y, en su caso, la atribución directa de la potestad de desarrollo al titular de un departamento ministerial o a otros órganos dependientes o subordinados.

Otras dos consideraciones que deberán incluirse son las relativas al análisis sobre la adecuación de la propuesta de norma al orden de distribución de competencias, precisando el título o títulos competenciales en los que se basa la norma y el impacto económico y presupuestario, entendiendo el primero como la evaluación de las consecuencias de su aplicación sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la propuesta de norma, incluido el efecto sobre la competencia, la unidad de mercado, la competitividad, su encaje en la legislación vigente y su efecto sobre las pequeñas y medianas empresas. En cuanto al impacto presupuestario, éste deberá comprender, al menos, una referencia a los efectos en los ingresos y gastos públicos, incluyendo gastos de personal, dotaciones, retribuciones y cualesquiera otros gastos al servicio del sector público.

La Memoria deberá detectar y medir las cargas administrativas que conlleva la propuesta normativa (ya que, en aplicación del principio de eficiencia, debe evitarse aquellas cargas administrativas innecesarias), el impacto por razón de género, en la infancia, en la adolescencia y en la familia (esto es, el análisis y la valoración de los resultados que puedan seguirse de la aprobación del proyecto desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de objetivos de igualdad de oportunidades y de trato, tanto respecto de las mujeres y hombres, como en la infancia, adolescencia y familia), así como cualquier otro extremo que pudiera ser relevante a criterio del órgano proponente y, en especial, a aquellos impactos de carácter social y medioambiental, de igualdad de oportunidades, de no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

El análisis sobre coste-beneficio tendrá carácter potestativo si una norma específica o sectorial no lo exigiere, y resumirá todos los costes y beneficios de la norma,

---

de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, atendiendo fundamentalmente al coste que suponen para la Administración o los destinatarios y las cargas administrativas impuestas a estos últimos. Dicho Plan estará coordinado por el Ministerio de la Presidencia, con el objeto de asegurar la congruencia de todas las iniciativas que se tramiten y de evitar sucesivas modificaciones del régimen legal aplicable a un determinado sector o área de actividad en un corto espacio de tiempo.

directos o indirectos, debiendo acreditarse que los beneficios esperados compensan o superan los costes derivados del proyecto y justifican la aprobación del mismo.

Otro epígrafe a incluir en la Memoria será la descripción de la tramitación y del período de consultas, que incluirá el resumen de las principales aportaciones recibidas en el trámite de consulta pública, la referencia a las consultas realizadas y observaciones recibidas en el trámite de audiencia e información pública así como su resultado y su reflejo en el texto del proyecto, los informes de las Comunidades Autónomas, Entidades Locales y otros informes o dictámenes preceptivos o facultativos evacuados durante la tramitación y, en el caso de tramitación urgente por Acuerdo del Consejo de Ministros, especial mención al mismo conforme a lo previsto en el artículo 27 de la Ley 50/97, de 27 de Noviembre.

Finalmente, la evaluación “ex post” deberá incluir la forma en la que se analizarán los resultados de la aplicación de las normas. Conforme a la normativa de aplicación, deberá indicarse la sistemática que se va a utilizar en la evaluación y la entidad u órgano que se considera idóneo para llevarlo a cabo.

Para la realización y estructuración de la Memoria del análisis de impacto normativo, el Real Decreto 931/2017, se remite a las indicaciones contenidas en la Guía Metodológica, referencias que, según lo dispuesto en su Disposición Adicional Primera, deberán entenderse, con carácter transitorio, a la Guía Metodológica para la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo aprobada por el Consejo de Ministros de 11 de Diciembre de 2009, mientras se produce la adaptación de dicha Guía a la nueva norma, que deberá elevarse al Consejo de Ministros en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto.

Por último, y como se ha comentado en párrafos anteriores, se prevé la posibilidad de una Memoria Abreviada (art. 3º del Real Decreto 931/2017), cuando se estime que de la propuesta normativa no se derivan impactos apreciables o significativos. Esta memoria abreviada deberá incluir, al menos, la oportunidad de la norma, la identificación del título competencial prevalente, el listado de las normas que quedan derogadas, el impacto presupuestario y por razón de género, así como otros impactos detectados que se juzguen relevantes, la descripción de la tramitación y consultas realizadas y una descripción de la forma en la que se analizarán, en su caso, los resultados de la aplicación de la norma.

### III. LA IMPORTANCIA DE UNA REGULACIÓN INTELIGENTE PARA LA TRANSFORMACIÓN URBANÍSTICA DEL TERRITORIO: ESPECIAL REFERENCIA A LA AUTONOMÍA LOCAL

El importante desarrollo económico, acompañado del fuerte crecimiento demográfico y la actividad turística, junto con el crecimiento masivo y desordenado de las ciudades y municipios ha generado, en las últimas décadas, una ocupación excepcional del territorio, un proceso de ocupación del suelo y, como consecuencia, una degradación irreversible de compleja recuperación.

La extensión desmesurada y poco ordenada de la urbanización, el impacto de determinadas infraestructuras en el medio ambiente, el abandono de la agricultura, de la silvicultura y de la ganadería, la degradación de algunas áreas urbanas y la sobrefrecuentación de algunos parajes han contribuido a dichos procesos, que ponen en peligro los valores ambientales, culturales e históricos que el territorio ha adquirido durante años.

La importancia del Urbanismo y de la Ordenación del Territorio como elementos definitorios no sólo de ese territorio, sino de las políticas económicas, sociales, urbanísticas y otras de diversa índole a desarrollar, implica el respeto tanto de los valores naturales y/o urbanos existentes como del derecho de la población a un desarrollo sostenible de los mismos e, incluso, en el supuesto de territorios especialmente degradados, el derecho de los agentes administrativos, sociales y económicos integrantes del entorno, a intervenir en la mejora del mismo mediante fórmulas de participación conjunta.

La ordenación urbanística es asimilable a la noción de proyecto de territorio y debe comprender formas de transformación que tengan la capacidad de anticipar nuevas necesidades sociales mediante la consideración de las evoluciones en curso. Debería ser igualmente consecuente con el desarrollo sostenible y prever los procesos ecológicos y económicos a medio y largo plazo, así como aplicarse a la rehabilitación de espacios degradados (minas, canteras, vertederos, baldíos, etc.) para que puedan responder a los objetivos de calidad formulados. Y es en este momento previo, el de planificación y avance de los instrumentos urbanísticos y de ordenación del territorio, donde cobran especial importancia las memorias de análisis del impacto normativo y la definición de los instrumentos de participación ciudadana y de colaboración con los agentes sociales y económicos como herramientas para evaluar la efectiva incidencia del modelo de ciudad o territorio elegido en el desarrollo económico del mismo.

No existe, por tanto, una estrategia única de desarrollo urbanístico local, supralocal o regional, tal vez porque la esencia de lo local es la diferencia: cada región



se distingue de otras por su paisaje, la naturaleza de sus recursos naturales, por el nivel de sus infraestructuras y equipamientos, por la calidad de sus comunicaciones, por el nivel de instrucción de sus habitantes, por las expectativas de renta y de bienestar que éstos tienen, por el grado y consolidación de su organización política (entendida a nivel de participación de agentes sociales y económicos), por su sistema de creencias y actitudes y, en resumen, por el grado de eficacia en captación de recursos y en administración de los mismos.

Jane Jacobs<sup>18</sup>, en su estudio sobre el desarrollo de las grandes ciudades y la evolución de sus economías, pone de manifiesto que, por debajo del entramado nacional, organizado por el Estado, las ciudades seguían teniendo, y sobre todo, podían tener, una vida económica propia, unas capacidades productivas y, en suma, que podían planificar su propio desarrollo económico como “órganos económicos primarios”.

Propone para ello dos mecanismos básicos: el primero es la producción de bienes, mercancías o servicios exportables; como efecto inducido del éxito en ese primer proceso aparece el concepto más importante: la sustitución de importaciones. Sin aumento de la producción de la demanda de bienes y servicios, es decir, sin inversiones productivas que fomenten ese incremento, no hay empleo sino subsidiación.

Dicho empleo no se genera únicamente con políticas activas de empleo, sino que las mismas deben encuadrarse dentro de la política económica y de desarrollo urbanístico y territorial de cada región. Ejemplo de ello son las experiencias implementadas a nivel local o regional en distintos territorios con un bajo nivel de desarrollo que han confirmado que aquellas regiones que habían invertido en formación y calidad de vida (mediante actuaciones en materia de vivienda, medio ambiente y comunicaciones e infraestructuras básicas) han tenido un cierto despegue mientras que aquellas que han mantenido los esquemas clásicos de subvención directa a fondo perdido han seguido estancadas.

Si bien las directrices estatales y autonómicas son esenciales a la hora de planificar el desarrollo urbanístico de una región, hay que valorar también las competencias asignadas a los entes locales ya que el desarrollo económico y urbanístico de un territorio depende, en gran medida, de la planificación y capacidad técnica de los agentes locales y/o supralocales implicados, elementos claves para la movilización de los recursos.

Al respecto, y conforme a jurisprudencia reiterada, la autonomía local no puede ver limitada su virtualidad al reconocimiento de un mero derecho a la participación de las entidades locales en el ejercicio de competencias ajenas, tomando parte

---

<sup>18</sup> JACOBS, J., *The Economy of Cities*, trad. cast. La economía de las ciudades, Edición 62, 1969.

consiguientemente en la adopción de las decisiones que corresponda a otros sujetos mediante su intervención en el procedimiento previsto en cada caso.

Desde luego, esta dimensión del principio de la autonomía local goza de la protección constitucional y tiene su amparo en la normativa estatal básica (artículo 2 de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, de Bases del Régimen Local). Pero no menos evidente es que la autonomía local no puede ver reducida su alcance a esta sola dimensión participativa y ha de proyectarse asimismo en la esfera material sobre su propio haz de competencias; entre otras razones, a fin de satisfacer las exigencias igualmente dimanantes de la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985, cuyo artículo 3 establece que “por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”.

Sin embargo, conforme a lo indicado por la STS 543/2016, de 12 de Febrero, entre otras, lo que no les está asegurado a las corporaciones locales es un contenido concreto ni un determinado ámbito competencial (STC 40/1998), sino que la concreción de las competencias de las corporaciones locales habrá de realizarse por medio de las leyes correspondientes, atendiendo a los principios asimismo fijados por la normativa estatal básica<sup>19</sup>.

Tampoco existe, pues, la garantía de la asignación concreta de un “quantum” de competencias y éstas habrán de determinarse en cada sector del ordenamiento jurídico con base en el respectivo grado de los intereses autonómicos y locales confluente en cada caso.

En el supuesto que nos ocupa, esto es, la ordenación territorial y urbanística, resulta innegable que la esfera competencial de la entidad local resulta afectada y condicionada, pero también lo es que dicha entidad está asimismo en grado de seguir ejerciendo sus competencias sobre clasificación urbanística del suelo.

La autonomía local reconocida en los artículos 137, 140 y 141 de la Constitución Española de 1978, que se configura como una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar y que se concreta, básicamente, en el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el

---

<sup>19</sup> Artículo 2 LRBRL: “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”.

gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias, según el Tribunal Constitucional ha recordado recientemente en su STC 132/2014, con cita, entre otras, de la STC 240/2006 (también en la STC 57/2015, de 18 de marzo).

En las reiteradas palabras del Tribunal Constitucional, la garantía institucional de la autonomía local no asegura un contenido concreto ni un determinado ámbito competencial, “sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, de suerte que solamente podrá reputarse desconocida dicha garantía cuando la institución es limitada, de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre” ( STC 32/1981).

Es por ello que, a través de las administraciones locales, y dentro del proceso de planificación urbanística, pueden y deben llevarse a cabo acciones de captación de recursos económicos y de obtención de programas de desarrollo económico local, ya sea a través de la concertación con otras instituciones territoriales, o mediante la incentivación de un tejido asociativo local que fomente tanto la participación en el diseño y redacción del modelo de ciudad como la creación de “microempresas” relacionadas con las fortalezas existentes a nivel local, generando el llamado “efecto demostrativo” que sirva de germen para otros potenciales emprendedores.

Pero no hay que olvidar que el desarrollo del territorio no sólo depende de factores económicos o de inversiones. Es en el momento inicial de esta planificación cuando más importancia hay que dar determinados elementos que van a propiciar que el desarrollo urbanístico de ese territorio sea diferente y, por tanto, único, con respecto a otros semejantes.

Es aquí donde la gestión urbanística cobra especial importancia entendida como aquellas acciones encaminadas a garantizar el mantenimiento regular del entorno desde una perspectiva de desarrollo sostenible, con el fin de guiar y armonizar las transformaciones inducidas por los procesos sociales, económicos y medioambientales.

Destacables en este aspecto son los Informes o Memorias de Sostenibilidad Económica recogidos en el artículo 22 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, y que determina que, con carácter preceptivo, cualquier instrumento de ordenación que implique actuaciones de transformación urbanística deberá incluir dicho informe o memoria, con expresa ponderación del impacto de la actuación en las Haciendas Públicas afectadas, el coste del mantenimiento de las infraestructuras necesarias o de la puesta en marcha y la prestación de los servicios resultantes, así como la suficiencia y adecuación del suelo destinado a usos productivos.

Dicha obligatoriedad de emisión del Informe o Memoria de Sostenibilidad Económica se amplía a cualquier instrumento de ordenación y ejecución de actuaciones en el medio urbano, con independencia de que supongan o no transformación urbanística, en términos de rentabilidad, de adecuación a los límites del deber legal de conservación y de un adecuado equilibrio entre los beneficios y cargas derivados de la misma, para los propietarios incluidos en su ámbito de actuación, y su importancia es tal que su ausencia o escasa justificación puede determinar la nulidad del instrumento donde aparezca recogido.

Así, la interpretación que del antiguo artículo 15.4 del texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 (actual artículo 22.4 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) hace el Tribunal Supremo implica la diferenciación entre los conceptos de sostenibilidad económica y de viabilidad económica (ligada al estudio económico-financiero que prevé el coste de ejecución de la actuación y las fuentes de financiación).

El análisis de la sostenibilidad económica tiene que justificar la sostenibilidad de la actuación para las arcas públicas desde que se inicia hasta que se termina la responsabilidad para la Administración de las nuevas infraestructuras y servicios necesarios, sin que pueda entenderse subsumido en el estudio económico financiero del Plan porque persiguen finalidad distinta y su ausencia puede provocar la nulidad de un Plan General de Ordenación urbanística (STS de 30 de Marzo de 2015, rec. 1587/2013).

Por ello y con carácter previo a dicho análisis, también es necesario asumir una serie de actuaciones previas y/o paralelas a la ordenación urbanística y económica del territorio que no sólo garanticen la viabilidad y sostenibilidad de la actuación a desarrollar sino, también, la implicación y participación del ciudadano en los pasos previos a la formulación de instrumentos de ordenación territorial y urbanística.

Es esencial reforzar los valores de identidad y pertenencia territorial, fomentando el espíritu de vecindad y el componente de la convivencia, pues sólo de esa forma se promueve una imagen del municipio o territorio y un sentimiento en la población encaminado a su potenciación. Es difícil poner en marcha un proyecto de desarrollo urbanístico y económico si partimos de una minusvaloración de los recursos y potencialidades locales por los propios habitantes.

Mejorar la calidad ambiental y las condiciones de vida, valorando el medio ambiente, la rehabilitación, la consolidación urbana, y el patrimonio edificado, reforzando la vida cultural y científica y promoviendo la solidaridad y la integración social debe ser un antecedente que inspire la formulación de cualquier instrumento de desarrollo territorial, así como promover la intensificación de los procesos de re-

lación e integración en espacios más amplios, fundamental para potenciar las capacidades exportadoras de la economía local.

En resumen, para que el desarrollo urbanístico de un territorio pueda considerarse efectivo, es necesaria la mejora global en el bienestar económico y social de los residentes y del medio físico donde residen. Los profundos cambios demográficos, económicos y sociales experimentados en las últimas décadas hace que el desarrollo del territorio deba plantearse como una vuelta a aquellos recursos ociosos o infrautilizados, recuperando aquellas actividades productivas que fueron abandonadas y que hoy pueden volver a ser fuente de riqueza, pero también creando otras nuevas que permitan el aprovechamiento y la optimización de nuevas ideas y oportunidades. En definitiva, una acción de movilización de factores en el contexto local.

Finalizado el ciclo inmobiliario de los últimos años, basado fundamentalmente en el crecimiento urbanístico expansionista y, en ocasiones, descontrolado, se hace necesario poner en marcha procesos de intervención urbanística que introduzcan en la comunidad una estrategia de cambio cultural y una perspectiva de crecimiento que empuje a los individuos a actuar para aprovechar las oportunidades presentes en el medio.

Esta estrategia debe basarse en la detección de lo que se denomina “vacíos productivos”, esto es, aquellos espacios para la producción de objetos o servicios demandados o demandables por la sociedad local que, o no son satisfechos por el aparato productivo local o, simplemente, todavía no han sido implementados en el mercado así como en la acción de las entidades locales en dos vertientes: De un lado, la facilitadora o catalizadora de la dinámica económica del territorio, de tal forma que de salida a las capacidades endógenas de desarrollo económico y urbanístico y, de otro, la generadora de iniciativas en su propio área de actuación, apoyando la gestión empresarial e interviniendo en el desarrollo y dirección de las iniciativas que surjan.

#### IV. EL PRINCIPIO DE “SMART REGULATION” EN LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA Y TERRITORIAL

La acción local para la inclusión del Principio de “Smart Regulation” en el desarrollo urbanístico y económico de un territorio y para el diseño de políticas sostenibles que incentiven la conservación e, incluso, la mejora de los espacios urbanos y rurales, debe plantearse desde las siguientes consideraciones:

##### **1. La dimensión local**

El ámbito local es el nivel más cercano al ciudadano y permite detectar las necesidades locales insatisfechas y organizar y diseñar el modelo de ciudad que mejor

se adapte al entorno. Lejos de ser únicamente el lugar donde se ponen en práctica decisiones adoptadas en otros niveles, en él también se pueden combinar diferentes instrumentos y desarrollar formas de dar valor añadido a las decisiones tomadas por otras administraciones. El ámbito local no está limitado por fronteras administrativas, sino que, con mayor frecuencia, el territorio apropiado para la intervención local viene definido por las afinidades culturales con que se identifican los ciudadanos del lugar, por los sistemas productivos y los flujos comerciales locales.

Como afirma Gutiérrez Colomina<sup>20</sup>, el Urbanismo no puede seguir siendo el soporte financiero del Presupuesto municipal, siendo necesario un enfoque estratégico y eficiente de los bienes de dominio público y patrimonial que permitan la reducción de costes y la optimización de los recursos municipales.

Ya hemos indicado anteriormente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 7/85, de 2 de Abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, la distribución de competencias debe asegurar a los municipios su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten al círculo de sus intereses con base en los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, con las limitaciones fijadas en la normativa sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. No obstante, la concreción de dichas competencias vendrá determinada por las leyes correspondientes (STS 543/2016 y STC 40/1998, entre otras) por lo que es absolutamente imprescindible afianzar y coordinar la distribución competencial en aquellas materias que incidan directamente en el desarrollo urbanístico de un municipio.

## 2. El enfoque integrado

Todas las políticas desarrolladas en el ámbito local deben integrarse en una estrategia única a fin de maximizar su eficiencia. A este respecto, cualquier planificación urbanística debe considerarse una extensión de otros instrumentos de la política de desarrollo tales como la planificación económica, la medio ambiental o la social.

Así, la STC 61/1997, de 20 de Marzo (FJ 6.b) segundo párrafo indica que “la competencia autonómica exclusiva sobre urbanismo ha de integrarse sistemáticamente con aquellas otras estatales que, si bien en modo alguno podrían legitimar una regulación general del entero régimen jurídico del suelo, pueden propiciar, sin embargo, que se afecte puntualmente a la materia urbanística” mediante el establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad urbana, determinados aspectos de la expropiación forzosa o de la responsabilidad administrativa.

---

<sup>20</sup> VVAA, *Reforma del Régimen Local: La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*: veintitrés Estudios, Editorial Aranzadi, 2014.

No hay que olvidar en este apartado, el alcance constitucional otorgado al principio de cooperación por la Jurisprudencia (STS 4743/2017, de 27 de Diciembre). Dicho principio, “que no es menester justificar en preceptos concretos, se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución” (STC 18/1982 , de 4 de mayo , FJ 14), pues entronca con “la necesidad de hacer compatibles los principios de unidad y autonomía” (STC 214/1989, FJ 20 e).

En cuanto a su caracterización, conviene, como primer paso, distinguir el principio de cooperación de la coordinación. En este sentido, la doctrina jurisprudencial conecta la cooperación con la idea de la voluntariedad y la coordinación con la de la imposición. Así, “la voluntariedad en el caso de la cooperación frente a la imposición en la coordinación es, por sí mismo, un elemento diferenciador de primer orden, lo que explica y justifica que, desde la perspectiva competencial distintas hayan de ser las posibilidades de poner en práctica unas y otras fórmulas” (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 20 f).

El segundo criterio a tener en cuenta para caracterizar a la cooperación es que su instrumentación y puesta en práctica no permite alterar las competencias de los sujetos llamados a cooperar. Así, la Jurisprudencia se ha manifestado en reiteradas ocasiones respecto de la necesidad de fomentar “la cooperación entre las Administraciones públicas implicadas mediante la búsqueda o creación de instrumentos que permitan articular su actuación, aunque sin alterar la titularidad y el ejercicio de las competencias propias de los entes en relación” (SSTC 77/1984 , FJ 3 ; 76/1983 , FJ 13 ; 227/1988 , FJ 20 ; y 214/1989 , FJ 20, 118/1998 , de 4 de junio , FJ 12).

En cuanto a las técnicas propias del principio de cooperación, “por lo general no prejuzga cuál debe ser la correcta técnica a través de cuya mediación dicha coparticipación se articule” (STC 68/1996 , FJ 10), si bien se ha entendido que el mismo puede satisfacerse generalmente, ya dando entrada a representantes o comisionados de las Comunidades Autónomas en los órganos del Estado, ya integrando a las Comunidades Autónomas en el curso de los procedimientos públicos que ejecuten la legislación estatal (STC 146/1992 ,FJ 4). Así pues, el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo un margen de discrecionalidad en la determinación de los específicos mecanismos cooperativos, lo que no implica que dicho margen se conciba como un espacio totalmente inmune al control jurisdiccional, pues la, en principio, amplia esfera de libertad aludida puede eventualmente comprimirse en función de la relevancia del ámbito de la política autonómica concernido en cada caso (STC 68/1996 , FJ 10 o STC 118/1998, de 4 de junio , FJ 12).

En todo caso, conviene resaltar que la doctrina constitucional recaída sobre los diversos instrumentos de cooperación ha reiterado el criterio aludido de que su pues-

ta en práctica no permite alterar las competencias propias de las Administraciones actuantes. Así, respecto de los convenios de cooperación (STC 13/1992, de 6 de febrero, FEJJ 7 y 10, con cita de la STC 95/1986, de 10 de julio, FJ 5), las conferencias sectoriales (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 13) o los Reales Decretos de traspasos (STC 11/1986, de 28 de enero, FJ 3), entre otras figuras.

### 3. La participación ciudadana

Tras el profundo cambio cultural que ha experimentado el enfoque de las cuestiones relacionadas con el urbanismo y el medio ambiente, las políticas de ordenación territorial no deben considerarse una preocupación exclusiva de los responsables políticos y de los agentes económicos, sino algo que afecta al conjunto de la ciudadanía, lo que hace necesario mejorar la coordinación existente entre los agentes locales y los distintos niveles institucionales. La creación de un tejido asociativo que reúna la fuerza de uno o varios colectivos es una condición esencial para el éxito de la estrategia de un desarrollo urbanístico sostenible.

No hay que olvidar en este sentido lo dispuesto en el artículo 5 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, cuando establece con carácter general los derechos de los ciudadanos en el ámbito urbanístico y de ordenación del territorio, destacando, entre otros, la participación efectiva en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas y el derecho a obtener de la Administración una respuesta motivada, conforme a la legislación reguladora del régimen jurídico de dicha Administración y del procedimiento de que se trate.

La STS 3587/2015, de 22 de Julio, indica que “se trata de un derecho que, como hemos señalado, se incardina en la llamada democracia urbanística y que pretende lograr una mayor legitimidad democrática al Plan” (en ese caso, se refiere al Plan Territorial Especial Supramunicipal Área de Tratamiento Centralizado de Residuos de Asturias). Sin dudar de la legitimidad democrática de los órganos, representativos o no, encargados legalmente de la planificación territorial y urbanística, la sentencia indica que el legislador pretende dar efectividad al principio de participación, recogido con carácter general en el artículo 105 de la Constitución, otorgando un plus de legitimidad a algunos aspectos de la acción administrativa sectorial tan importantes y con tanta incidencia en el entorno físico y ambiental y sobre todo en su calidad, afectando en definitiva a la vida habitual de los ciudadanos.



#### **4. El enfoque ascendente**

El desarrollo urbanístico de un territorio ha de estar basado en un análisis de las necesidades y las cualificaciones locales a fin de generar las soluciones apropiadas, ya que no existen soluciones únicas que permitan implementar un modelo de ciudad concreto en distintos territorios.

Cada territorio posee unas características diferenciadas que provocan que el modelo de ciudad que se pretenda aplicar por haber resultado exitoso en otros casos, pueda llegar a fracasar por no tenerse en cuenta los elementos o circunstancias existentes. Esto debería impulsar a los entes locales a analizar previamente su modelo de actuación urbanística a fin de satisfacer de manera óptima las necesidades locales.

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, recoge, en su artículo tercero, la regulación del Principio de Desarrollo Territorial y Urbano Sostenible, según el cual, 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.

Son continuas las referencias a dicho principio en la Jurisprudencia de la última década. Así, las SSTS 5189/2012 y 5191/2012, de 5 de Julio (rec. 3869/2010 y 4066/2010) se remiten a este Principio de Desarrollo Territorial y Urbano Sostenible recogido en el antiguo artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, indicando que el mismo comporta el uso racional de los recursos naturales y, entre otros aspectos, “la protección, adecuada a su carácter, del medio rural y la preservación de los valores del suelo innecesario o inidóneo para atender las necesidades de transformación urbanística” (apartado 2.b del antiguo TRLS08).

#### **5. El entorno propicio**

El desarrollo de estrategias locales integradas en materia de urbanismo depende, en gran medida, de la normativa regional, estatal e, incluso, comunitaria, no sólo en referencia a las posibles competencias concurrentes de distintos niveles institucionales sino también a las políticas fiscales existentes que pudieran facilitar la iniciativa local.

Dada la dimensión y el papel que toman las distintas administraciones en el diseño del territorio y en las políticas urbanísticas, es aconsejable evitar las confrontaciones y los conflictos competenciales que pueden llevar al fracaso del modelo de ciudad propuesto. En este aspecto, conviene hacer referencia a lo dispuesto en el artí-

culo 4.1 del citado 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, por cuanto “el ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística debe ser motivado, con expresión de los intereses generales a los que sirve”.

La ordenación territorial y urbanística es una función pública que persigue dar una respuesta homogénea a los múltiples problemas que suscita la utilización del medio físico, y que, por tanto, no puede emanar únicamente de uno solo de los tres niveles de Administraciones públicas territoriales (estatal, autonómica y local). Todas ellas ostentan títulos competenciales que repercuten en esa ordenación. Precisamente porque la toma de decisiones sobre la ordenación territorial se genera a la vez en diferentes niveles territoriales es inevitable que se produzca un entrecruzamiento de competencias que es preciso armonizar, y de ahí surge la necesidad de integrar esas competencias sectoriales en una unidad provista de sentido. Aun cuando es cierto que todas las Comunidades autónomas han asumido la competencia exclusiva sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (ex art. 148.1.3 de la Constitución), no es menos cierto que el Estado mantiene competencias que repercuten sobre esa ordenación, competencias generales cuyo ejercicio incide sobre todo el territorio español, condicionando así las decisiones que sobre la ordenación del territorio y del urbanismo pueden adoptar las Comunidades Autónomas: potestad de planificación de la actividad económica general del art. 131.1 de la Constitución o la titularidad del dominio público estatal del art. 132.2 de la misma, y competencias sectoriales atribuidas al Estado ex art. 149.1 de la propia Constitución, cuyo ejercicio puede condicionar legítimamente la competencia autonómica.

Al determinarse cuál es la competencia prevalente, la jurisprudencia ha resaltado una y otra vez que “la competencia autonómica en materia de urbanismo y ordenación del territorio no puede entenderse en términos tan absolutos que elimine o destruya las competencias que la propia Constitución reserva al Estado, aunque el uso que éste haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio, ya que el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque sea también exclusiva, de una Comunidad Autónoma, pues ello equivaldría a la negación de la misma competencia que asigna la Constitución a aquél” (STS 9 de Marzo de 2011, rec 3037/2008).

## **6. La integración de la práctica administrativa**

A pesar de que las políticas públicas se organizan cada vez con más frecuencia con arreglo a objetivos multisectoriales, todavía se gestionan, principalmente, en el marco de programas sectoriales. Las prácticas administrativas actuales fomentan la especialización de tareas en detrimento de planteamientos globales, lo que se debe a la segmentación de las competencias de decisión y de gestión entre los departamen-

tos a todos los niveles, de manera que cada departamento da prioridad a sus propios ámbitos.

En la medida en que las estrategias integradas de desarrollo urbanístico precisan de planteamientos multisectoriales, esta segmentación de las prácticas administrativas tiene a obstaculizar su diseño y aplicación.

En palabras del Profesor Gutiérrez Colomina<sup>21</sup>, “el desarrollo invertido y poco sistemático del proceso legislativo” y “la gran cantidad de conceptos jurídicos indeterminados incorporados a la legislación urbanística” han provocado la declaración de nulidad de numerosos instrumentos urbanísticos por los tribunales con los consecuentes efectos tan negativos que estas sentencias han producido en la actividad socioeconómica.

Fue el Tribunal Constitucional, en su STC 194/2004, de 10 de noviembre, el que estableció los cánones constitucionales de coordinación y cooperación entre las diversas Administraciones, al pronunciarse sobre la gestión de los Parques Nacionales, señalando al respecto:

“Acerca de las potestades de coordinación de que el Estado dispone y que pudieran fundamentar el sistema de gestión controvertido, hay que partir, para fijar su alcance, de la noción y sentido propios de la función coordinadora”.

La STC 32/1983 determinó ya el significado de la coordinación, precisando que la misma “persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían la realidad misma del sistema” (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2).

La misma Sentencia incide en la competencia estatal de coordinación general, señalando al respecto que, aunque constituye un reforzamiento o complemento de la noción de bases, es una competencia distinta a la fijación de bases y que la competencia de coordinación general presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las Comunidades Autónomas, competencias que el Estado, al coordinarlas, debe obviamente respetar.

La competencia estatal de coordinación general significa no sólo que hay que coordinar las partes o subsistemas sino que esa coordinación general le corresponde hacerla al Estado y, en consecuencia, la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción

---

<sup>21</sup> “Estudio jurisprudencial sobre los efectos de la nulidad del planeamiento de ordenación del territorio y urbanístico de Andalucía”, en *Territorio y Urbanismo*, 2017, CIVISUR.

conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema (STC 32/1983, FJ 2).

Como complemento de la noción general de coordinación que se acaba de exponer, el Tribunal Constitucional hace hincapié en tres ideas. La primera de ellas es que la coordinación es una facultad que guarda estrecha conexión con las competencias normativas, de modo que el titular de estas últimas ostenta aquella facultad como complemento inherente (STC 104/1988, de 8 de junio), es decir, “no puede reducirse ni confundirse las manifestaciones específicas de coordinación que aparecen en nuestra Constitución (art. 149.1, 13, 15, 16, etc.) como competencia adicional a una competencia normativa limitada, con las funciones generales de coordinación que corresponden al Estado cuando sus competencias normativas son plenas, dado que aquél no puede desentenderse en absoluto de la ejecución autonómica de la legislación estatal. Resultan así posibles formas de intervención normativa que establezcan reglas que cumplan una función coordinadora de las Administraciones Autonómicas entre sí y con el Estado” (STC 104/1988, de 8 de junio, FJ 2).

La segunda idea es que la coordinación “conlleva un cierto poder de dirección. Consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado” (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 20 f).

Por último, hay que destacar, por su relevancia, que la facultad de coordinación no otorga a su titular competencias que no ostente y, en concreto, facultades de gestión complementarias. En la señalada STC 32/1983 se indicaba que la coordinación se materializa en la fijación de medios y sistemas de relación entre distintas autoridades para propiciar el ejercicio de “sus respectivas competencias”, de manera que “tal coordinación no supone, sin embargo una sustracción o menoscabo de las competencias de las entidades sometidas a la misma” (STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 2). En definitiva, “ni la competencia en materia de coordinación ni la competencia sobre las bases de la planificación autorizan al Estado para atraer hacia su órbita de actividad cualquier competencia de las Comunidades Autónomas por el mero hecho de que su ejercicio pueda incidir en el desarrollo de las competencias estatales sobre determinadas materias. La coordinación no supone una sustracción o menoscabo de las competencias de las entidades sometidas a la misma: antes bien, presupone lógicamente la titularidad de las competencias en favor de la entidad coordinada (STC 27/1987), por lo que no puede servir de instrumento para asumir competencias autonómicas, ni siquiera respecto de una parte del objeto material sobre el que recaen” (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 20 e).

## 7. La Financiación adaptada a las necesidades locales

Las microempresas y las iniciativas locales de desarrollo económico han de superar trabas considerables para obtener financiación, en gran parte a causa de la dificultad en la presentación de garantías materiales.

En general, cuando existe financiación pública, la misma está vinculada a condiciones específicas exigidas por la política de competencia y de auditoría pública, que pueden dificultar el acceso a los fondos, sobre todo en el caso de microempresas y emprendedores individuales.

Existen, además, otras fuentes de financiación todavía infrautilizadas que merecen especial atención, entre las que cabe citar el microcrédito, el capital de inversión local (especialmente con finalidad social), los recursos de las fundaciones y determinadas formas de financiación alternativas como las Cajas de ahorro local solidario o las más recientes iniciativas de “crowdfunding”.

Entre las distintas opciones existentes, y asumido que el Urbanismo no puede seguir siendo el soporte financiero del Presupuesto municipal, el Profesor Gutiérrez Colomina<sup>22</sup> propone un enfoque estratégico y eficiente de los bienes de dominio público y patrimoniales, mediante una planificación más eficiente de la gestión de los bienes públicos y especialmente de los municipales. Así, expone que “no hay que perder de vista, que el estudio y la planificación de los bienes, no puede limitarse a los bienes patrimoniales, sino incluir también los demaniales”. Esta inclusión no obedece sólo a que los bienes demaniales puedan ser desafectados, incluso con carácter parcial (pensando, por ejemplo, en la desafectación del vuelo o del subsuelo a la que ha dado carta de legitimidad el art. 17.4 del TRLS08), sino porque la legislación patrimonial otorga al concesionario demanial los mismos derechos que al propietario sobre las edificaciones, mientras dure la concesión y le da, por ello, la posibilidad de constituir derechos reales durante el mismo plazo sobre las edificaciones construidas. Hay una serie de posibilidades derivadas de una buena gestión estratégica de los bienes patrimoniales y demaniales, que servirían para poder reducir costes en la instalación de los servicios municipales, para llevar a cabo aparcamientos en el subsuelo sin contar con recursos dinerarios o para la construcción en dotaciones o equipamientos municipales, viviendas sociales, etc.

---

<sup>22</sup> “La incidencia de La Ley 27/2013, de 27 de Diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en el Régimen Jurídico de las Grandes Ciudades”, en VVAA, *Reforma del Régimen Local: La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés Estudios*, Editorial Aranzadi, 2014.

## 8. Estructuras intermedias de apoyo

Normalmente, las actividades locales de fomento del desarrollo económico no surgen espontáneamente. La existencia de estructuras intermedias de apoyo (agencias, observatorios, universidades...) es con frecuencia la clave del éxito de las iniciativas locales. Así pues, la colaboración y el apoyo concedido por parte de la administración local o regional a estas estructuras y organizaciones puede resultar esencial.

En este apartado hay que hacer referencia a las denominadas Entidades del Tercer Sector, esto es, entidades que surgen “como complemento a los dos tradicionales sectores, sector Público y Sector Privado, y se integra por aquellas entidades que no son públicas, sino privadas, pero carecen de ánimo de lucro y, además, realizan actividades de interés general. Son lo que se conoce como organizaciones no gubernamentales o la sociedad civil, como expresión social de una solidaridad organizada” (STS de 21 de Mayo de 2015, rec. 499/2013).

## 9. Sistemas apropiados de formación y concienciación a la población local

Los sistemas de formación profesional suelen adaptarse con gran dificultad a los cambios que pueden producirse a nivel local o regional. Cada vez es más frecuente que los individuos pertenezcan simultáneamente a distintas categorías (como es el caso de los desempleados que aspiran a crear su propia empresa), de manera que es necesario proporcionar una formación que se ajuste a las necesidades específicas de cada uno, y donde debe estudiarse en profundidad la inclusión del modelo de ciudad elegido a los efectos de facilitar la adecuada conexión entre el potencial emprendedor y las políticas territoriales y urbanísticas que se pretenden implantar.

Por otro lado, las nuevas ocupaciones que aprovechan las nuevas posibilidades profesionales pueden exigir habilidades especiales (formación pluridisciplinar, habilidades sociales, capacidad de iniciativa, etc.) o estructuras de acceso (teletrabajo). La formación profesional debe cumplir su propósito en todas estas circunstancias.

En este sentido, a nivel nacional existe un Catálogo de Especialidades Formativas que incluye 26 familias profesionales y que se regula por el Real Decreto 395/2007, de 23 de Marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, si bien las comunidades autónomas se encuentran habilitadas para su ampliación si existieran nuevas especialidades formativas con significado relevante para el empleo dentro de su territorio.

## **10. Políticas económicas, estructurales y sociales que se refuercen mutuamente**

La aplicación del principios de “Smart Regulation” en la ordenación urbanística y del modelo de ciudad de un territorio exige aplicar estrategias y políticas económicas, estructurales y sociales que se refuercen mutuamente. Si bien es cierto que todas contribuyen, es frecuente que cada una de ellas se aborde con enfoques o perspectivas distintas.

Independientemente del organismo público que haya asumido la coordinación o implementación de la estrategia, se recomienda una concertación entre los diferentes niveles de la administración del territorio (concertación vertical) y entre distintos organismos y entes sectoriales del mismo nivel (concertación horizontal).

La ordenación del territorio constituye una función pública que se integra en una perspectiva de la Unión Europea. Desde el Tratado de Ámsterdam de 1997, entre los objetivos principales de las instituciones comunitarias se encuentra el desarrollo equilibrado, armónico y sostenible del territorio, dado el significativo impacto espacial de numerosas políticas sectoriales supranacionales como la libre competencia, a la regulación de los fondos estructurales y de cohesión o la política agrícola común. Entre los instrumentos de cooperación de la política de ordenación territorial europea destaca la Red Europea de Observación sobre cohesión y desarrollo territoriales (antiguo Observatorio en Red para el Desarrollo Territorial Europeo -ESPON), un programa de cooperación en el que participan los 28 Estados miembros y otros países asociados como Noruega, Suiza, Islandia y Liechtenstein, y cuyo objetivo es aumentar el conocimiento sobre las estructuras territoriales, las tendencias y los impactos de las políticas en el territorio europeo, y así apoyar el desarrollo de las políticas europeas, nacionales y regionales y contribuir a formar una comunidad científica sobre el desarrollo territorial europeo.

En este sentido, y si bien el gobierno español asume la importancia de los Principios de Smart Regulation para la mejora del marco normativo, las líneas definitorias de la ordenación territorial y urbanística son fijadas por las Comunidades Autónomas y algunos entes locales con competencias territoriales por lo que dicha concertación es esencial para garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos y de los agentes sociales y económicos.

Como declara la STC 28/1997 “hemos advertido que dentro de este ámbito material no se incluyen todas las actuaciones de los poderes públicos que tienen incidencia territorial y afectan a la política de ordenación del territorio. De la multiplicidad de actuaciones que inciden en el territorio se sigue la necesidad de articular mecanismos de coordinación y cooperación (STC 149/1991), pero no su incorporación automática a la competencia de ordenación del territorio”. Por ello, el ente

competente en esta materia, al ejercer la actividad ordenadora, estableciendo los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, deberá respetar las competencias ajenas que tienen repercusión sobre el territorio, coordinándolas y armonizándolas desde el punto de vista de su proyección territorial. El ejercicio de la competencia sobre ordenación territorial resultará, pues, condicionada por el ejercicio de esas competencias que afectan al uso del territorio; sin embargo, desde estos ámbitos competenciales no podrá llevarse a cabo una actividad de ordenación de los usos del suelo. Como ya dijo el Tribunal Constitucional en la STC 149/1991 “para que este condicionamiento legítimo no se transforme en usurpación ilegítima, es indispensable ... que el ejercicio de esas otras competencias se mantenga dentro de los límites propios, sin utilizarla para proceder, bajo su cobertura, a la ordenación del territorio en el que han de ejercerse. Habrá que atender en cada caso a cuál es la competencia ejercida por el Estado, y sobre qué parte del territorio de la Comunidad Autónoma opera, para resolver sobre la legitimidad, o ilegitimidad”.

## V. CONSIDERACIONES PREVIAS A LA ELECCIÓN DEL MODELO TERRITORIAL

A la luz de las previsiones de crecimiento demográfico para 2050, el compromiso de los gobiernos de las grandes ciudades con la sostenibilidad es imprescindible. En apenas tres décadas, la población mundial (situada ahora en 7.500 millones de habitantes) se incrementará en dos mil millones más, lo que implica una enorme presión adicional para el planeta. Según la OCDE, en un futuro próximo 70 de cada 100 personas en el mundo vivirán en grandes ciudades. Se estima que emplearemos un 80% más de energía, lo que podría conllevar un incremento del 70% en las emisiones de CO<sub>2</sub>. Para que esto no ocurra, es necesario un cambio de mentalidad integral por parte de las administraciones públicas, las empresas y la población.

El concepto de ciudad sostenible (vinculado al Objetivo de Desarrollo Sostenible número 11 de Naciones Unidas<sup>23</sup>) está basado en tres pilares fundamentales. El primero de ellos es el social, que incluye todos aquellos factores relacionados con la calidad de vida de la población, desde el acceso a la educación y la sanidad hasta los índices de criminalidad, el coste del alquiler o el del precio de la cesta de la compra. El segundo hace referencia a las cuestiones medioambientales: el grado de polución, el uso de energías renovables, la disponibilidad de zonas verdes, el éxito de las políticas de reciclaje, etc. El tercer pilar de la sostenibilidad urbana es la fortaleza de la

---

<sup>23</sup> Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) establecidos para el periodo 2016-2030 dentro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible acordada en la Asamblea General de la ONU del 25 de septiembre de 2015.



economía, cuyos índices serían la renta per cápita, la tasa de empleo o la calidad de las infraestructuras de transporte.

Según estos criterios, una ciudad sostenible sería aquella capaz de autoabastecerse de energía y con capacidad para reutilizar sus residuos como materias primas, que garantizase el acceso a viviendas seguras, asequibles y accesibles para todo tipo de personas y que se rijan por principios ecológicos, formativos y de igualdad.

Todo ello a través de políticas que fomenten nuevas formas de movilidad urbana más ecológicas y sostenibles o la construcción de las denominadas “Edificaciones Eficientes”, que tienen en cuenta todas las características climáticas y paisajísticas del sitio donde se quiere construir, como la dirección de los vientos, la radiación solar o los materiales locales.

El diseño de ciudades más verdes y compactas que logren un equilibrio urbano entre los espacios dedicados a la funcionalidad y la organización urbana y aquellos espacios orientados al ciudadano, a la tranquilidad y al contacto con la naturaleza es uno de los objetivos a tener en cuenta con carácter previo a la tramitación de cualquier planificación territorial o urbanística. Los espacios públicos dan identidad a los barrios y son vitales para la creación de comunidad y la mejora de la calidad de vida y, según el Banco Mundial, un desarrollo más compacto tiene beneficios directos sobre las emisiones de carbono y la longitud de las tuberías o las carreteras. En otras palabras, este tipo de urbanismo aumenta la eficacia del transporte al acortar los trayectos, lo que a su vez reduce la contaminación del aire.

De otro lado, la Unión Europea propone una transición hacia sistemas de gestión de residuos basados en la economía circular; es decir, aquella que trata de reducir residuos y facilitar el reciclaje para convertirlos de nuevo en materia prima. Asimismo, propugna tener más en cuenta la opinión de los ciudadanos en las elecciones del modelo de ciudad. Las administraciones deben poner en marcha sistemas de participación pública (independiente de las elecciones autonómicas y locales) para implicar a los contribuyentes en la mejora de su entorno.

La Administración local o regional, con carácter previo al diseño e implementación de las políticas de desarrollo urbanístico o territorial más adecuadas, ha de disponer de un análisis y diagnóstico previo que refleje tanto las fortalezas y debilidades como las alternativas de desarrollo y la viabilidad económica, y sólo entonces, una vez conocidos los factores que pueden llegar a influir en la elección del modelo de ciudad, adoptar la solución que mejor se integre en el territorio.

No sólo es necesario tener en cuenta la existencia de recursos naturales y su tipología, sino también estudiar aquellos recursos sobreexplotados, aquellos que se encuentren sin explotar y que puedan proporcionar potencialidades productivas, y

aquellos que, a través de valores medioambientales, paisajísticos y/o monumentales, puedan transformarse, a los efectos de ampliar y potenciar el desarrollo económico de la zona.

A lo expuesto, hay que añadir que la base productiva del territorio define su carácter agrario, industrial o de servicios, siendo, por tanto, esencial conocer el tipo de actividades que predominan en la economía de la localidad.

También hay que considerar las infraestructuras y el equipamiento con los que cuenta el municipio ya que la accesibilidad es un factor que condiciona los procesos de desarrollo y de cambio estructural local.

Con respecto a las infraestructuras, en dicho concepto debe incluirse tanto las de carácter físico (transportes, urbanización, comunicación, etc. que determinan la accesibilidad del municipio y la atracción para la localización de actividades) como aquellas infraestructuras denominadas intangibles (y que permiten acceder mediante nuevas tecnologías a proveedores y clientes en el resto del mundo, introducirse en redes a escala internacional, desarrollar innovaciones y aplicarlas, o acceder a ellas).

El estudio previo del modelo de ciudad deberá definir, por tanto, las estrategias a desarrollar para la obtención u optimización de dichas infraestructuras, incluida, en aquellos casos en los que la actividad industrial sea o se prevea importante en la economía del municipio, el diseño de zonas industriales locales o supralocales, con una oferta de servicios que sea atractiva para la implantación de empresas e iniciativas exógenas.

Resulta obvio que las políticas de ordenación del territorio y de urbanismo han venido evolucionando conforme a los cambios sociales y económicos producidos a nivel mundial y que no siempre esa evolución ha respetado los principios definidos en el concepto de Smart Regulation.

Afortunadamente, se va tomando conciencia de que el Estado del Bienestar no sólo supone consumo e inmediatez. El bienestar real parte de la consideración de un desarrollo sostenible basado en una relación equilibrada y armoniosa entre las necesidades sociales, la economía y el medio ambiente.

Ese desarrollo sostenible implica, a su vez, el análisis de cada región desde la perspectiva del refuerzo de sus recursos endógenos. No existe un único modelo de ciudad a la hora de decidir la planificación urbanística de una región, porque cada región tiene sus propios signos distintivos, bien sea por factores sociales, económicos, culturales, o paisajísticos.

Por ese motivo, la planificación urbanística de un territorio debe evitar la imposición de políticas territoriales que no hayan sido previamente estudiadas, consen-

suadas y motivadas. No sólo porque el fracaso de una actuación urbanística o de un modelo de ciudad impuesto sin justificación supone una pérdida de oportunidades prolongada en el tiempo (dado que la “vida” de un instrumento de planificación urbanística puede llegar a 20 años) sino porque los recursos económicos, sociales y políticos aplicados a un modelo destinado al fracaso no sólo suponen una merma en la calidad de vida de los habitantes de la zona. También significa destinar unos recursos y fondos públicos a un proyecto que, de antemano, se prevé ineficaz.

A pesar del control jurisprudencial, ejemplos de esto último han provocado una gran alarma social estos últimos años y, no hay que ser experto en derecho urbanístico ni analista económico para comprender que cualquier planificación o actuación que afecte a la totalidad de un territorio debe ser viable económicamente y debe contar con el apoyo de la ciudadanía y de todas las administraciones y organismos públicos y privados existentes. Ello no significa que la política urbanística o el modelo de ciudad que se elija sean inamovibles, por cuanto la evolución y el desarrollo de un modelo de ciudad pueden dar lugar a la necesidad de considerar opciones que, en un primer momento no fueron tenidas en cuenta. Si bien esa mejora en el modelo de ciudad debe ser estudiada previamente, motivada, documentada y aprobada por los organismos competentes, también es cierto que los mecanismos para su implantación deben ser flexibles y, cuanto menos, ágiles, ya que la demora en la tramitación administrativa de los mismos puede suponer la pérdida de oportunidades para la región.

Por lo expuesto, es indiscutible que el concepto de Smart Regulation es un elemento esencial a la hora de definir la política urbanística de un territorio pero, sobre todo, a la hora de garantizar la identidad de sus habitantes y la idoneidad de dicho territorio para la implantación de empresas relacionadas con actividades económicas predominantes y/o subsidiarias.

De este modo, el desarrollo urbanístico de un municipio está estrechamente vinculado al desarrollo económico y a la valoración de las peculiaridades paisajísticas, culturales y sociales existentes. Cualquier actuación que pretenda la diferenciación o exclusión de alguno de estos elementos está encaminada al fracaso del modelo de ciudad propuesto por cuanto es la conexión de todos estos factores lo que va a permitir un desarrollo urbanístico sostenible.

## VI. INVESTIGACIÓN BIBLIOGRÁFICA:

AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE. Asamblea General de la ONU. 25 de septiembre de 2015

BALSA, C., “La better regulation”, en *Papeles de Evaluación*, núm. 1 (2006), Agencia Estatal de Evaluación y Calidad de las Políticas Públicas.

COMISIÓN EUROPEA, (2015). “Propuesta de Acuerdo Interinstitucional sobre la mejora de la legislación”. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Comisión Europea, Bruselas, Bélgica, 19 de Mayo de 2015.

COMISIÓN EUROPEA, (2010). “Smart Regulation in the European Union”. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Comisión Europea, Bruselas, Bélgica.

FERNÁNDEZ DÍEZ-PICAZO, M. y MATEO FEITO, M. “Evaluación de Impacto Normativo en España”, en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 68 (2012).

GUTIÉRREZ COLOMINA, V. “Estudio jurisprudencial sobre los efectos de la nulidad del planeamiento de ordenación del territorio y urbanístico de Andalucía”, en *Territorio y Urbanismo*, 2017, CIVISUR.

JACOBS, J., *The Economy of Cities*, trad. cast. La economía de las ciudades, Edición 62, 1969.

KONZENDORF, G., WORDELMANN, P., BÖLCK, S. Y VEIT, S, “Milestones on the way to Better Regulation at the European Union Level”, estudio realizado para la 44 reunión de Directores Generales responsables de las Administraciones Públicas de los Estados miembros de la UE, Luxemburgo, Junio 2005.

MONTIN, C. H., “La Smart Regulation nell’Unione Europea”. En F. BASILICA Y F. BARAZZONNI, *Verso la Smart Regulation in Europa/Towards Smart Regulation in Europe*, Maggioli Editori, 2013.

OCDE (2009). “Regulatory Impact Analysis A Tool for Policy Coherence”. *Reviews of Regulatory Reform*.

OCDE (2010). “Better Regulation in Europe: Spain 2010”. En colaboración con la Comisión Europea.

PENSADO SEIJAS, A., “Administración electrónica y simplificación administrativa en las Administraciones Públicas: Nuevas medidas y especial incidencia en materia de actividades económicas”, en *Revista digital CEMCI*, núm. 26 (2015).

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENAMIENTO JURÍDICO-ECONÓMICO, Dirección General de Política Económica, Ministerio de Economía y

Hacienda (2011): “Hacia una regulación económica más inteligente”. Boletín de Información Comercial Española.

VVAA, *Reforma del Régimen Local: La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés Estudios*, Editorial Aranzadi, 2014.

VVAA, “Informe al Presidente de la Comisión Europea”, Grupo Operativo sobre Subsidiariedad, Proporcionalidad y “Hacer menos pero de forma más eficiente”. 10 de Julio de 2018.



JURISPRUDENCIA







# COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018, sobre el plazo para subsanar los escritos defectuosos por los que los interesados inicien procedimientos administrativos: el final de un camino o estación de paso.

*José Zamorano Wisnes*

Profesor, acreditado Contratado Doctor

Universidad de Huelva

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES. III. LA RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA. IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JULIO. V. LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA. VI. CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

El 19 de julio de este año, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el recurso de casación 3662/2017, dictó sentencia por la que se confirma la dictada en su día por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

La referida sentencia realiza una interpretación antiformalista de los artículos 71 y 76 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en lo sucesivo LRJPAC), interpretación que es aplicable *mutatis mutandi* a los artículos 68.1 y 73.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPAC), pues el contenido de ambos textos legales son iguales.

La aplicación del indicado principio antiformalista que se complementa con el principio *pro actione* entendido en el sentido de flexibilizar los trámites de los procedimientos administrativos, de tal manera que los defectos formales que afecten a las actuaciones del interesado no supongan la pérdida irreversible de las posibilidades de hacer valer su derecho. Por ello, la sentencia comentada concluye afirmando:

*“[P]ues bien, con arreglo a los principios que inspiran la anterior jurisprudencia y el **critério antiformalista que preside el procedimiento administrativo**, cabe*

---

Recibido: 8/11/2018.

Aceptado: 9/11/2018.

*entender que cuando el artículo 71 exige para la terminación del procedimiento que se dicte por la Administración la correspondiente resolución declarando el «desistimiento por caducidad», sí, ciertamente y con la salvedad que se indicó, antes de dictarse esta resolución el solicitante corrige el defecto y completa las exigencias del artículo 71, la ulterior resolución que declara desistido al interesado y el archivo del procedimiento no resulta ya procedente. [...]»*

## II. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

El Tribunal Supremo ha venido realizando una interpretación antiformalista y pro actione del artículo 71 LRJPAC en una consolidada jurisprudencia. Así la sentencia de 19 de mayo de 1998 (recurso de apelación 7366/1990), en el que se resolvía la falta de acreditación de la representación de una sociedad en un recurso de alzada en materia sancionadora, se afirma:

*“[C]ierto es que al tiempo de presentar el recurso de alzada (27 de junio de 1987) no quedó acreditada ante la Administración la representación de quién decía actuar en nombre de la sociedad sancionada. Ciertamente también que, mediante Resolución notificada el 26 julio 1987, la Administración concedió un plazo de diez días hábiles (art. 54 LPA [RCL 1958\1258, 1469, 1504; RCL 1959\585 y NDL 24708]) para que la interesada subsanara tal defecto. Y cierto que el correspondiente documento acreditativo de la representación fue presentado el 10 de agosto de 1987, recayendo la Resolución que declaró la inadmisibilidad el 23 de septiembre de 1987. La sentencia funda su fallo en los principios de «tutela efectiva» y de «no indefensión», así como **en el hecho de que la Administración no había resuelto cuando el defecto quedó enteramente subsanado**. En presencia de estas circunstancias, entiende la Sala que el recurso debe ser desestimado. Tiene en cuenta para llegar a tal conclusión: la concurrencia de todos los requisitos exigidos por el art. 114 de la LPA -salvo el subsanado- al escrito de interposición del recurso; la naturaleza sancionadora del procedimiento seguido y la gravedad de la sanción de multa impuesta; **una concepción del derecho de defensa frente al ejercicio por la Administración de su potestad sancionadora superadora de interpretaciones que impidan el examen de las cuestiones de fondo** y propiciadora de aquellas que permitan el control de su sometimiento al principio de legalidad (art. 106.1 CE [RCL 1978\2836 y ApNDL 2875]); **la propia actuación de la Administración al dejar transcurrir cerca de un mes y medio desde que el defecto subsanado hasta que se dictó el acto combatido en la instancia**, lo que se produjo cuando todas las exigencias de procedimiento estaban satisfechas y podía valorar los argumentos impugnatorios; la inexistencia de terceros que puedan sufrir cualquier clase de perjuicio en virtud de la tesis que aquí se defiende; y, **finalmente, los principios que hoy inspiran el precepto contenido en el art. 71.2 de la Ley 30/1992** (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993\246), no vigente en aquellas fechas, pero susceptible de ser inducido del ordenamiento jurídico entonces aplicable, precepto según el cual, no tratándose de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva (como*

*acontece en el supuesto enjuiciado) cabe una prudente ampliación del plazo hasta de cinco días, que no llegaron a transcurrir en el caso a que se refiere esta apelación, pues el defecto quedó antes subsanado, sin que sea preciso descender al examen de las circunstancias a que tal posibilidad se condiciona en el precepto que acabamos de invocar”.*

En la aplicación del indicado principio, especial referencia debe hacerse a la sentencia del mismo Tribunal, dictada en interés de ley, de fecha 4 de marzo de 2003 (RIL 3437/2001), tanto por formar *per se* jurisprudencia, como por ser citada en posteriores sentencias del Alto Tribunal. En la indicada sentencia se aborda la cuestión de la aplicabilidad del art. 71.2 LRJPAC a los procesos selectivos, concluyendo de modo rotundo en favor de la aplicación del referido artículo y, en consecuencia, de la posibilidad de subsanación, no solo de la solicitud inicial, sino también de los defectos relativos a la no presentación de documentos acreditativos de los méritos:

*“[...] Frente a dicho criterio entendemos que **debe regir en toda su extensión el principio de subsanación consagrado en el artículo 71 de la Ley**, debiendo requerirse al interesado para que pueda subsanar los posibles defectos que pueda contener su solicitud, siguiendo reiterada jurisprudencia de esta Sala, de la que cabe exponer, entre otros, los siguientes criterios:*

*a) La tesis de la plena subsanabilidad de los defectos en una oposición o concurso ha sido reconocida en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1990 con cita de los derogados artículos 54 y 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al considerar que era subsanable la omisión, lo que no comporta la infracción de la doctrina jurisprudencial en orden al carácter vinculante de las bases del concurso a las que también se refiere la sentencia impugnada.*

*b) La subsanación del defecto relativo a la no presentación de documento acreditativo se admite sin problemas en las sentencias de 18 de octubre de 1976, 13 de julio de 1987, 8 de noviembre de 1988, 12 de abril de 1989 y 26 de mayo de 1989, siendo destacable la sentencia de 16 de mayo de 1983 que hace plena aplicación del artículo 71, en la redacción de 17 de julio de 1958, admitiendo la posibilidad de que la Administración requiera a los firmantes para que en plazo de diez días subsanen la falta que ha sido observada e igual sucede en la posterior sentencia de 28 de junio de 1985, al considerar que es acertada la decisión de la sentencia apelada cuando declara que no se puede atender a un criterio riguroso formalista que es contrario a la voluntad real perseguida por el legislador.”*

También sobre procedimientos selectivos las sentencias de 25.04.2012 (RC 1532/2012) y 19.12.2012 (RC 1532/2012), la primera de las sentencias citadas tras hacer suya la jurisprudencia fijada en la sentencia de 4 de marzo de 2003, señala que la posibilidad de subsanación alcanza no solo a la solicitud inicial, sino también a momentos posteriores:

“[...] Esa misma línea jurisprudencial de amplitud en la aplicabilidad del art. 71 de la Ley 30/1992 en procedimientos selectivos, **no solo respecto de las omisiones en la solicitud inicial, sino en posteriores fases del procedimiento**, se continúa y refuerza, entre otras, en las sentencias, de fecha 30 de diciembre de 2009 (recurso de casación 1842/07) y de 20 de mayo de 2011 (recurso de casación 3481/09), dictadas en sendos supuestos en los que la subsanación cuestionada se refería, dentro de un proceso selectivo, a su fase de concurso y a la acreditación de méritos alegados en él. En la segunda de las sentencias reseñadas, se sostiene lo siguiente:

«En el proceso selectivo de autos eran perfectamente distinguibles dos fases: una primera de oposición, en la que los aspirantes deberían presentar sus solicitudes para participar en las pruebas selectivas, y una segunda fase concurso, fase de concurso a la que solo tenían acceso los que habían superado la primera fase. La fase de concurso daba comienzo con la presentación del “impreso de autobaremación” al que debían de acompañarse la acreditación de los méritos correspondientes.

En línea con la jurisprudencia referida puede considerarse que la idea de iniciación que emplea el artículo 70, no es incompatible con un concepto de la misma según el cual el “impreso de autobaremación” puede estimarse como iniciación de una fase del concurso, respecto a la que no ha razón para que el artículo 71 de la Ley 30/1992 no sea aplicable. La jurisprudencia referida, que aquí seguimos, permite sostener que el artículo 71 de la Ley 30/1992 debe aplicarse a cada una de las fases de estos procedimientos. [...]”

En otro orden de cosas, en materia de extranjería, resulta de interés reseñar la sentencia de 21 de octubre de 2004, dictada en la cuestión de ilegalidad 24/2003, se plantea la conformidad a derecho del del art. 84.5 del Real Decreto 864/2001 por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por cuanto en el mismo no se contempla la posibilidad de subsanar la solicitudes presentadas por extranjeros en oposición a lo previsto en el art. 71 LRJPAC. El Tribunal anula el art. reseñado del Reglamento razonando:

“[...] En consecuencia el procedimiento administrativo aparece inspirado por **unos principios de economía, celeridad y eficacia** –arts. 103.1 de la Constitución y 29.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo – que dan lugar a que **cuando en el curso de su tramitación se aprecien defectos subsanables haya de formularse un requerimiento al solicitante a fin de que corrija** los vicios observados; esta conclusión aparece explicitada en nuestro derecho positivo tanto para el procedimiento administrativo en general –arts. 54 y 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo– como para el específicamente aplicable al otorgamiento de las licencias municipales –art. 9.1.4.º del Reglamento de Servicios .

Añadiéndose en la STS de 14 de noviembre de 1989 que las citadas normas (54 y 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958) se nos presentan «como inspiradas en principios antiformalistas, tendentes a la consecución de un resultado final de eficacia tuitiva de los derechos e intereses en juego, situación que se avala con la conclusión definitiva prevista en el artículo 24.1 de la Constitución». Del análisis del precepto (71.1 LRJPA, tras su modificación por la LMLRJPA

) puede deducirse que son dos los supuestos que habilitan y obligan a la Administración actuante para articular el requerimiento de subsanación en dicho precepto contemplado:

1°. Cuando la solicitud de iniciación «no reúne los requisitos» que se señalan en el artículo 70 LRJPA, anterior, de forma pormenorizada.

2°. Cuando con la solicitud de iniciación no se acompañan «los documentos preceptivos» [...]”

En la línea que venimos estudiando se inspira la sentencia objeto del presente comentario, dando un paso más, al admitir la subsanación fuera del plazo de diez días, pero antes de que se produzca la resolución de archivo. Sin embargo, esta interpretación ya fue sostenida en interpretación de los artículos 71 y 99 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo, por la sentencia del mismo Tribunal de 16 de marzo de 1988 con el siguiente razonamiento:

“[...] Por lo demás, la Administración no puede arbitrariamente exigir cualquier documentación sino sólo aquella que sea indispensable para fijar los datos en base a los cuales ha de dictarse resolución, y es claro que esos datos, en un cierto momento, los conocía ya la Administración por haber presentado el interesado los documentos que se le piden y porque, además, la Administración giró visita de inspección (cfr. folio 14 del expediente). Es decir que hay otros datos más que suficientes para resolver, resolución que es, en todo caso, reglada y no discrecional; c) Que de los impresos que emplea la Gerencia, como del uso que ha hecho en este caso de los mismos, se deduce que **la Administración ha inaplicado el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo que contiene un supuesto especial de perención (caducidad del procedimiento) en el sentido que lo viene interpretando el Tribunal Supremo al ponerlo en relación al 99 de la misma Ley. Porque según esta interpretación, la perención o caducidad no se produce automáticamente por el transcurso del tiempo sino por el acto que la declara, de manera que si antes de que esa declaración tenga lugar se aportan los documentos ya no puede declararse la caducidad sino que hay que resolver sobre el fondo.**“ (La negrilla aparece en la sentencia).

### III. LA RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Este precedente no evitó que en la interpretación de los artículos 71 y 76.3 distintos Tribunales Superiores mantuvieran posiciones diversas. Una síntesis de las distintas interpretaciones las podemos encontrar, por un lado en la sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30.09.2015 (RCA 1685/2013), en el que con cita de una amplia doctrina de otros TSJ, se resuelve una autorización de aprovechamientos mineros, y las sentencias de los TSJ de Aragón de 21.11.2000 de y Extrema-

dura de 25 de mayo de 2017, que recurrida en casación ha dado lugar a la sentencia comentada. En la primera de las sentencias citadas, se afirma:

*“[...] Pues bien, como vemos, existe una específica regulación de la cuestión que nos ocupa sin que, a juicio de esta Sala (Sección Octava) resulte de aplicación a la subsanación de la solicitud inicial lo dispuesto en el artículo 76 .3 de la Ley 30/1992 . Este precepto se inscribe en la “ordenación del procedimiento” (Capítulo II del Título VI) y tiene por objeto regular la preclusión de los trámites que deban ser cumplimentados por el interesado estableciendo un efecto de pérdida del trámite sin finalización del procedimiento, lo que difiere del contenido del artículo 71 que regula la subsanación de las solicitudes de iniciación del procedimiento y dispone el efecto de fin del procedimiento, por desistimiento, para el caso de no subsanación en plazo. Sobre la no aplicación de lo dispuesto en artículo 76 .3 de la Ley 30/1992 a los supuestos de iniciación del procedimiento regulados en el artículo 71 pueden verse Sentencias de Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia, sec. 1ª, de 21-3-2012, (rec. 658/2009 ) y de 10-6-2009 (rec. 217/2007 ), de Andalucía (sede Sevilla), sec. 3ª, de 31-3-2011 (rec. 343/2010 ), de Baleares, sec. 1ª, de 29-3-2011 (rec. 552/2009 ) y de 31-10- 2006 (rec. 33/2005 ), de la Comunidad Valenciana, sec. 5ª, de 19-1-2011 (rec. 158/2010 ) y de 9-6-2010 (rec. 765/2009 ) y de la Audiencia Nacional, sec. 4ª, de 18-6-2008 (rec. 33/2008 ).*

*En efecto, la subsanación a que se refiere el apartado primero del artículo 71LRJPAC es la que tiene por objeto defectos que afectan a la solicitud inicial, cuya existencia determina la inviabilidad de la misma y, por ende, la imposibilidad de continuar el procedimiento. Cuando el defecto formal afecte a un trámite en particular, una vez iniciado válidamente el procedimiento, los efectos son los que dispone el artículo 76 LRJPAC, esto es, a los interesados que no hayan cumplimentado un trámite en el plazo de 10 días otorgado por la Administración requirente se les podrá declarar decaídos su derecho al mismo sin que ello impida la continuación del procedimiento y la intervención posterior del interesado en sucesivos trámites.*

*Éste es también el criterio seguido en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de junio de 2008 ( SAN, Sala de lo contencioso-administrativo, 18.6.2008 , recurso 33/2008 ), entre otras, que señala que el artículo 71.1 de la Ley 30/1992 es una norma especial aplicable a la solicitud de inicio de procedimiento, que no debe confundirse con la previsión del artículo 76.3 de la Ley 30/92 , que contempla el decaimiento de trámites que deben realizar los interesados como un supuesto de caducidad que no tiene otras consecuencias que la pérdida del trámite. Por el contrario, el incumplimiento de la subsanación o mejora de la solicitud regulado en el artículo 71.1 de la Ley 30/92 tiene el tratamiento de un desistimiento tácito no subsanable, y el consiguiente archivo, mediante la resolución correspondiente que pone fin al proceso, conforme al artículo 41.1 de la Ley 30/1992. [...]”*

Una posición distinta parece mantener la sentencia del TSJ de Aragón que califica la no presentación en el plazo de diez días previsto en el art. 71 de mera irregularidad:

*“[...] lo que no llevó a efecto es claro que la renuncia o desistimiento que propugna el art. 71 de la Ley 30/1992 no podrá presumirse que acaece automáticamente sino que sería preciso una resolución del órgano administrativo que así lo acuerde para que tuviera efecto la misma lo que obviamente no acaece en el caso que nos ocupa, **en lo que el exceso en el transcurso del plazo concedido no tiene otro valor que el de simple irregularidad, al ser un defecto procesal no invalidante que no acarrea indefensión, [...]**”*

La sentencia del TSJ de Extremadura aborda con mayor profundidad la aplicación del art. 76 a los defectos encontrados en la solicitud de iniciación del procedimiento, manteniendo que los preceptos relativos a la “ordenación” son de aplicación a todo el procedimiento, incluida la iniciación, de este modo afirma:

*En primer lugar, por cuanto no podemos olvidar que ambos preceptos están en un mismo Título, y que el procedimiento administrativo supone una sucesión de actos, sin una diferencia clara, y que **el artículo 76 del mismo texto legal se encuentra en el capítulo dedicado a la “ordenación del procedimiento”, siendo las normas contenidas en este capítulo aplicables a todas las fases procedimentales** de un procedimiento administrativo, lo que obviamente ha de incluir también a la fase de iniciación del procedimiento. El artículo 71,2 de la Ley 30/1992, al que se refiere la dirección letrada de la Junta de Extremadura, impide la ampliación del plazo en los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva pero no la posibilidad de subsanación de las solicitudes que presenten algún defecto que tenga el carácter de subsanable.*

*En segundo lugar porque aunque el título de los capítulos parezca diferenciar entre actos del procedimiento, la práctica lo que revela es que tal y como expresaba la exposición de motivos de la Ley de procedimiento administrativo común, de 1958, ha huido “de la ordenación rígida y formalista de un procedimiento unitario en el que se den todas aquellas actuaciones integradas como fases del mismo y, en consecuencia, no regula la iniciación, ordenación, instrucción y terminación como fases o momentos preceptivos de un procedimiento, sino como tipos de actuaciones que podrán darse o no en cada caso, según la naturaleza y exigencias propias del procedimiento de que se trate. De este modo la preclusión, piedra angular de los formalistas procedimientos judiciales, queda reducida al mínimo, dotándose al procedimiento administrativo de la agilidad y eficacia que demanda la Administración moderna”.*

La sentencia del TSJ de Extremadura continúa argumentando sobre las consecuencias que tendría una interpretación diversa a la propuesta, que no es otra que el archivo del procedimiento sin que se produzca una decisión sobre el fondo, pues bien, el Tribunal entiende, lo que compartimos, que estas interpretaciones deben hacerse

con criterios restrictivos, por último en apoyo de su tesis, recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1988, citada.

#### IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JULIO

La sentencia del Tribunal Supremo comienza estudiando las diferentes respuestas de los TSJ en la interpretación del art. 71 en relación con el 76.3, y manteniendo que el art. 71 regula un procedimiento especial o un procedimiento aún no iniciado, mientras que el art. 76 opera dentro del procedimiento, afirmando:

*“ [...] Pues bien, se trata de preceptos que regulan diferentes fases del procedimiento, como se ha dicho, la de iniciación -artículo 71.1- y de ordenación -artículo 76.3-. Su contenido es claramente diferente, pues el primero se refiere a los defectos que afectan a la solicitud inicial, esto es, al comienzo del procedimiento de forma que de no cumplimentarse el requerimiento «se tendrá por desistido al interesado» en la solicitud. Mientras que el segundo -el 76.3- se refiere a los defectos formales advertidos en un trámite, una vez iniciado el procedimiento.*

*El artículo 71.1 es pues, la norma especial aplicable en lo que se refiere a las solicitudes presentadas por el interesado, siendo un precepto diferenciado del artículo 76, bien sea por su ubicación sistemática, bien por su contenido y alcance, relativo uno a un supuesto específico como es el del inicio del procedimiento a instancia del interesado y el otro, la ordenación de trámites. Así es, el artículo 71.1 es una norma especial que regula los defectos en la solicitud inicial, con la consecuencia de la inviabilidad de la petición, dada la ausencia de los elementos mínimos imprescindibles, que implica que el expediente no se haya iniciado, contemplando este precepto la preclusión del trámite.*

*Mientras que el artículo 76.3 presupone que se ha iniciado válidamente el expediente, con la aportación de los elementos indispensables y prevé la consecuencia de la inobservancia de un determinado trámite, si bien con la consecuencia de la continuación, siempre que el interesado actúe corrigiendo el defecto. [...]*”

Puntualizando en el siguiente fundamento jurídico que aun cuando el art. 71 utiliza el término desistido (también lo hace el art. 68.1 LPAC), no está haciendo referencia “al apartamiento voluntario por parte del interesado respecto de un procedimiento promovido y en trámite, sino a la inactividad del interesado en un procedimiento que formalmente no se ha iniciado por faltar los requisitos indispensables para ello”, por lo que no hay un apartamiento voluntario del procedimiento por parte del interesado, sino que lo que se produce es la perención. Y, continúa razonando la sentencia, que aún cuando se produce la perención por la inactividad del interesado, “el desistimiento” requiere de una resolución expresa que declare tal efecto “en virtud de la regla general del artículo 42, sobre la obligación de resolver.”, pudiendo entenderse que tal resolución se limita a constatar la consecuencia legal sobrevenida de la inactividad del interesado. No obstante lo cual, en una interpretación antiformalista, afirma el Tribunal:



“[...] aun reconociendo tal consecuencia legal en caso de inactividad, no hay inconveniente para **admitir una interpretación amplia y acorde con el principio antiformalista que inspira el ordenamiento**, que permita entender que salvo cuando concurren otros intereses protegibles y mientras que no tenga lugar la declaración expresa de desistimiento en los términos del artículo 42 de la Ley 30/1992, el solicitante puede cumplimentar el defecto inicial advertido dando lugar a la iniciación y tramitación del procedimiento. [...]”

En apoyo de esta posición antiformalista del procedimiento, la sentencia trae a colación la jurisprudencia del Tribunal relativa al procedimiento contencioso administrativo y a la posibilidad de presentar escritos una vez terminado el plazo establecido en la Ley, siempre que tenga lugar antes de que se declare precluido el plazo, e incluso el mismo día, afirmando:

“[...] La respuesta de este Tribunal Supremo acerca de si cabría tener válidamente por presentados los escritos que se registran una vez vencido el plazo establecido, pero en todo caso antes de que se notifique la resolución que declara perdido el trámite ha sido claramente positiva. En esta línea dijimos en la STS de 4 de mayo de 2010 (RC 5872/2006) que salvo en los supuestos establecidos para establecer o preparar el recurso, la regla general es que los plazos procesales son susceptibles de beneficiarse del mecanismo de la rehabilitación. [...]”

Abundando en la jurisprudencia de apoyo a la tesis antiformalista por la que se inclina la sentencia, cita el jurisprudencia constitucional contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 158/1997, de 2 de octubre, en la misma afirma el Alto Tribunal que el acceso de los ciudadanos a la justicia solo puede ser dificultado por el legislador, cuando los requisitos que entrañen obstáculos sean proporcionales a la finalidad de proteger otros bienes e intereses constitucionalmente protegidos. Por lo que concluye:

“[...] Pues bien, con arreglo a los principios que inspiran la anterior jurisprudencia y el criterio antiformalista que preside el procedimiento administrativo, **cabe entender que cuando el artículo 71 exige para la terminación del procedimiento que se dicte por la Administración la correspondiente resolución declarando el «desistimiento por caducidad», sí, ciertamente y con la salvedad que se indicó, antes de dictarse esta resolución el solicitante corrige el defecto y completa las exigencias del artículo 71, la ulterior resolución que declara desistido al interesado y el archivo del procedimiento no resulta ya procedente.** [...]”

Para añadir

“[...] Una vez cumplimentadas las omisiones, no existe ningún obstáculo para atemperar las rigurosas consecuencias del incumplimiento del plazo de diez días, cuando no concurre otro interés protegible y precisamente se ha procedido a observar lo requerido antes de que la Administración haya

*cumplido la exigencia de dictar resolución ordenando archivar la petición por haber perdido el trámite que se dejó de utilizar. [...]”*

La sentencia que venimos comentando resuelve, a mi juicio, de modo impecable una cuestión compleja: la interpretación conjunta o no de los artículos 71 y 76 LRJPAC.

## V. LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA

La doctrina no ha abordado el anterior debate jurídico con la profundidad y extensión que probablemente el tema merece. Entre los pocos autores que se ocupan del tema GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS<sup>1</sup> mantiene que la exigencia de resolución que “*declarativa del desistimiento plantea que mientras no se notifique la resolución sigue vivo el procedimiento y teniéndose por interesado en él al solicitante y, en consecuencia, podrá subsanar extemporáneamente su solicitud (art. 76.3 LRJPAC)*”, más genérico es SÁNCHEZ MORÓN<sup>2</sup>, quien preconiza una interpretación favorable al interesado sobre “*las posibilidades de subsanación de defectos formales o documentales –no de omisiones sustantivas– que establece la Ley, incluso en procedimientos de concurrencia competitiva y en vía de recurso administrativo*”, citando en apoyo de esta postura las sentencias del Tribunal Supremo 30 de diciembre de 2009, 20 de mayo de 2011, 25 de abril de 2012, 18 de julio de 2012, 27 de noviembre de 2013, 12 de febrero de 2014.

A su vez, XIOL RÍOS<sup>3</sup>, en sus comentarios a las modificaciones introducidas en la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, de 13 de enero, tras congraciarse con lo acertado de la reforma en este punto, mantiene una posición próxima a la que luego ha adoptado el Tribunal Supremo en la sentencia comentada, es decir que la subsanación del defecto una vez transcurrido el plazo concedido “*podrá reconocerse su eficacia, si no ha recaído aún la resolución expresa y con ello no se perjudica a tercero*”.

GONZÁLEZ NAVARRO<sup>4</sup>, sin entrar a analizar expresamente la cuestión concreta que estamos analizando al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo de julio de este año, recuerda, sin embargo, la vieja jurisprudencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo que en su sentencia de 1 de junio de 1965, reiterada en otras

---

<sup>1</sup> GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Tecnos., 8ª edición, 2011, p. 342

<sup>2</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Ed. Tecnos., 11ª edición, 2015, pp. 502 y 503

<sup>3</sup> XIOL RÍOS, J.A., en VV.AA., *Comentarios a la reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Aranzadi., 1999, p. 113

<sup>4</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, F., en VV.AA., *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de Enero*, Ed. Civitas, 1999, pp. 366 y 367.

posteriores, en la que se mantenía la obligación de la Administración de emitir y notificar un acuerdo concreto que decretase el archivo de las actuaciones, acuerdo que, obviamente, podía ser objeto de recurso. En concreto la referida sentencia afirma:

*“Que como el acuerdo de archivo de actuaciones, que es la consecuencia obligada que sigue al requerimiento y advertencia del artículo 71, no consta que se adoptase en el expediente administrativo y, desde luego, no se ha alegado ni probado que ese indispensable acuerdo de archivo fuese notificado al interesado, es obvio, que aunque se requiriese al mismo para que subsanase el defecto de insuficiencia de reintegro del escrito de 24 de marzo de 1960, la Administración infringió el ordenamiento jurídico y concretamente el artículo 79 LPA al negarse a tramitar el recurso de alzada, interpuesto por don Francisco B.L., fundando su resolución en que se había acordado el archivo de las actuaciones, sin que este acuerdo conste en el expediente y sin que, en todo caso, se hubiese notificado al interesado”.*

La jurisprudencia citada en interpretación de la vieja Ley de Procedimiento Administrativo, que acabamos de referir, parece moverse en la línea de la mantenida por el TSJ de Extremadura, en la medida que se aplican los preceptos de la ordenación (art. 79), a la fase de iniciación del procedimiento (art. 71).

Sobre los efectos del requerimiento de subsanación GALLARDO CASTILLO<sup>5</sup> mantiene que la falta de acuerdo o el incumplimiento del deber de la Administración de advertir de las consecuencias de la no subsanación en plazo, tienen como consecuencia la anulación de los actos posteriores que acuerden el archivo de la solicitud inicial.

## VI. CONCLUSIÓN

A nuestro juicio, acierta el Tribunal tanto cuando afirma que el art. 76 no es aplicable a los supuestos regulados en el art. 71, por cuanto el segundo de los preceptos señalados, encuadrado en el capítulo II del Título IV de la Ley, establece normas comunes para el procedimiento, una vez iniciado. Mientras que el art. 71, encuadrado en el capítulo I, regula una fase previa, es decir, la iniciación o no del procedimiento. Al igual que acierta el Tribunal al hacer suya una postura antiformalista ante el procedimiento administrativo, posición que viene avalada por una amplia jurisprudencia, como hemos intentado recoger en este comentario. Por lo que esperamos que la línea interpretativa que inaugura la sentencia de julio de este año se consolide en el futuro.

---

<sup>5</sup> GALLARDO CASTILLO, M.J. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Ed. Tecnos, 2010, p. 366.

Una cuestión distinta es la apuntada y no resuelta en la sentencia en el sentido de que la interpretación sostenida no se mantendrá “cuando concurren otros intereses protegibles” ¿qué se quiere decir?, ¿qué cuando estemos en presencia de procedimiento competitivos y, en consecuencia, haya otros intereses protegibles, no se aplicará la doctrina establecida? Lo cierto es que la lapidaria frase, que se repite en varias ocasiones a lo largo de la sentencia, no nos permite llegar a conclusiones claras sobre qué se entiende por “otros intereses protegibles”. A nuestro juicio, la doctrina expuesta debe aplicarse igualmente a los procesos competitivos, pues en relación, por ejemplo a los procesos selectivos en materia de personal, actuar de otra forma añadiría un excesivo rigor formal al ejercicio del derecho consagrado en el art. 23 de la Constitución, dificultando innecesariamente el acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad, y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, principios que podrían verse afectado negativamente por un excesivo rigor formal en la aplicación del art. 71 a las solicitudes de admisión o a la presentación de documentos.

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio y 26 de junio de 2018 sobre diversas cuestiones en materia de expropiación: la labor de la jurisprudencia en la “restauración” de la Ley de 16 de diciembre de 1954. Cuestiones pendientes y límites a este encomiable esfuerzo

*Darío Canterla Muñoz*

Letrado de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL ANTE LOS PROBLEMAS GENERADOS POR EL CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN QUE CORRESPONDE A LOS AFECTADOS POR EXPROPIACIONES NULAS. 1. Fijación del problema. A. El derecho del expropiado a indemnización comprende conceptos diferentes: justiprecio, indemnización de daños e intereses. B. Alcance del derecho del expropiado cuando la administración incurre en vía de hecho. C. Posición inicial de la jurisprudencia: incremento del 25% sobre el justiprecio. Motivos de la jurisprudencia y problemas que conlleva. 2. La introducción de la Disposición Adicional de la Ley de Expropiación Forzosa por la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. Aplicación contradictoria por los Tribunales Superiores de Justicia. 3. Fijación en casación de la interpretación de dicha Disposición Final. La STS de 4 de junio de 2018. A. El objeto del recurso contencioso y las pretensiones de las partes en la instancia. B. La STSJ de Castilla-La Mancha. C. La STS de 4 de junio de 2018. Planteamiento del Recurso de Casación. D. Los argumentos de las partes en casación. E. Fundamentos de la STS. F. Valoración crítica. G. La interpretación del TS de la Disposición Adicional de la LEF. H. Cuestiones que abre, o deja abiertas, esta sentencia. 4. Conclusión. III. SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL A LOS PROBLEMAS GENERADOS POR LA PRÁCTICA DEL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL PROCEDIMIENTO DE URGENCIA. 1. Fijación del problema: Garantía de alegaciones de fondo en el procedimiento de expropiación de urgencia cuando la información pública es posterior a la implícita declaración de necesaria ocupación. 2. La doctrina de la STSJCM. 3. La STS de 26 de junio de 2018. El objeto del recurso de casación. 4. Conclusión. IV. EPÍLOGO.

**RESUMEN:** El presente trabajo parte de la labor de “conservación y restauración” que lleva a cabo la jurisprudencia para el mantenimiento del “monumento jurídico” de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. El estudio se centra en comentar la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 4 de junio de 2018 que interpreta la Disposición Adicional de la citada Ley, y la STS de 26 de junio de 2018 estableciendo cuales son los requisitos exigibles a la información pública en el procedimiento de urgencia. Finalmente apunta problemas pendientes en la materia advirtiendo sobre la necesidad de retomar la preocupación del legislador y los gestores públicos sobre esta situación habida cuenta de que la Jurisprudencia está limitada en esta encomiable labor por el principio de legalidad.

**ABSTRACT:** The present work is based on the work of “conservation and restoration” carried out by the jurisprudence for the maintenance of the “legal monument” of the Forced Expropriation Law of 1954. The study focuses on commenting on the STS of June 4, 2018, which interprets the Additional Provision of the aforementioned Law and the STS of June 26, 2018, establishing what are the requirements for public information in the emergency procedure. Finally points out outstanding issues in the field warning about the need to return to the concern of the legislator and public managers about this situation given that the jurisprudence is limited in this commendable work by the principle of legality.

## I. INTRODUCCIÓN

Son bastantes los problemas que aquejan a la institución expropiatoria y que parecen hacer aconsejable que se aborde la tarea de su renovación. A este respecto la doctrina es unánime en dos cosas, por un lado en señalar la excelencia del texto de 1954, llegando a calificarlo, y estoy plenamente de acuerdo con ello, de monumento jurídico<sup>1</sup>. De hecho todos nos acercamos al texto con respeto reverencial pues no en vano en su germen se encuentra el del propio Derecho Administrativo español contemporáneo, siendo obra de una pléyade de autores que han sido la referencia obligada de esta disciplina durante los siguientes 50 años al menos<sup>2</sup>. De otro lado es

---

<sup>1</sup> Así lo hace CÁNCER MINCHOT en su trabajo “El procedimiento expropiatorio: problemas actuales y su intento de solución en el borrador de anteproyecto de la LEF”, que forma parte del documento que publicó el Ministerio de Hacienda con el título de *La Ley de Expropiación Forzosa. Análisis y Perspectivas de Reforma* con motivo del intento de reforma que no llegó a buen puerto en la legislatura 2000-2004. En concreto señala: “En muchos puntos puede haber quedado obsoleta la magnífica LEF de 1954, pero si no hubiera mediado la denuncia sobre el gasto quizá hubieses pasado aún muchos años antes de que alguien su hubiera decidido a sustituir un monumento jurídico de primer orden”.

<sup>2</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. en su estudio “La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 156 (2001) y que se corresponde con el texto de su intervención en el curso organizado por el Consejo de Estado en los “*Cursos de Verano*” de la Universidad

unánime también la opinión de que es hora de abordar ya una reforma legal<sup>3</sup>. Ciertamente hay cautelas en relación al abordaje de esta labor pues afecta a una institución fundamental incluso se llega a decir que para hacer leyes como las últimas en materia de procedimiento quizá sería mejor no tocar la actual<sup>4</sup>. Por otro lado hay muchos problemas que no requieren de solución legal, ni un cambio legislativo los soluciona sino que requieren de la adopción de medidas organizacionales y de dotación de medios por los gestores públicos. En tanto los gestores extreman su diligencia y se aborda por el legislador una normativa en la materia, sólo queda en la pelea porque la institución expropiatoria tenga un funcionamiento acorde al de una democracia moderna la labor de la Doctrina y la Jurisprudencia. En esta última nos centramos en este trabajo.

Los tribunales se ven impelidos por la realidad de sus obligaciones a solucionar los problemas que plantea la actual Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, LEF en adelante. Hacen en este trabajo una encomiable labor buscando el difícil equilibrio entre la celeridad que reclama la obra pública en el Estado contemporáneo y la irrenunciable protección del derecho de propiedad. Sin embargo llegan

---

Complutense de Madrid en el Escorial, el día 23 de julio de 2001, señala: “...En la Ley de Expropiación Forzosa tuvo, por cierto, una influencia perfectamente reconocible un grupo de gentes del Consejo de Estado, lo cual puede ser oportuno recordarlo en esta ocasión. El Anteproyecto de Ley fue confiado por el Ministerio de Justicia (es justo recordar a su titular, don Antonio Iturmendi) a la Sección de Administración Pública del entonces Instituto de Estudios Políticos, la cual desde 1950 había demostrado su alta cualificación técnica con la hazaña de haber lanzado y sostenido la «REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA» (primer número: abril de 1950), sin duda el hecho básico de donde ha surgido el nuevo Derecho Administrativo en España. El Presidente de dicha Sección era un gran Consejero Permanente de esta casa, don Luis Jordana de Pozas. De la Sección formábamos parte un grupo destacado de jóvenes Letrados de la casa: José Luis Villar Palasí, Jesús Fueyo, Manuel Alonso Olea, Ricardo Gómez Acebo y yo mismo. En fin, el Reglamento de la Ley, una vez aprobada ésta en 1954, de 26 de abril de 1957, fue también elaborado por la Sección de Administración Pública del IEP (estaba ya entonces presente otro nuevo Letrado, José Antonio García-Trevijano Fos)”.

<sup>3</sup> En este sentido se pronuncia GARCÍA DE ENTERRÍA en la obra ya citada, entre otras, FERNÁNDEZ, T. R. al examinar el “Uso y abuso de la potestad expropiatoria en la Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 192 (2013) o antes y más claramente en su estudio “Por una nueva Ley de Expropiación Forzosa y un nuevo sistema de determinación del justiprecio”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 166 (2005), o en las “Notas sobre el proceso continuo y silencioso de erosión del derecho estatal y de las garantías jurídicas de los ciudadanos: el caso de los jurados autonómicos de expropiación” en *Revista de Administración Pública*, núm. 153 (2000). En el mismo sentido se expresan todos los autores que participan en documento del Ministerio de Hacienda más arriba mencionado entre los que se encuentran MARTÍNEZ LÓPEZ- MUÑIZ, ENTRENA CUESTA, MENÉNDEZ REXACH, O ARIÑO ORTIZ.

<sup>4</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., en su estudio “El acto administrativo expropiatorio”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 206 (2018: 11-35), doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.206.01>, señala: “...aunque también resulta bastante obvia la necesidad de su revisión o incluso de su sustitución por un nuevo texto que la mejore y la actualice en cuanto resulte conveniente. En la legislatura 2000-2004 comenzó a trabajarse en ello en el Ministerio de Hacienda, pero parece que llegara a proponerse oficialmente ningún texto. Claro que, a la vista de las nuevas leyes con las que se ha sustituido alguna de nuestras más importantes leyes administrativas básicas en los últimos años, habría que recomendar no poca prudencia, para no venir a adoptar un texto que, en lugar de mejorar, empeore el que, bien que mal, viene rigiendo un ámbito tan importante del actuar de las administraciones públicas desde hace más de sesenta años.”

hasta donde pueden y deben, que es hasta donde les permite el principio de legalidad. Ejemplo de esta limitación son las dos sentencias del Tribunal Supremo, TS en adelante, que vamos a estudiar y que tienen su origen en las sentencias que dictó la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-la Mancha, TSJCM en adelante, con la loable intención de proteger la posición de los expropiados, llegando en esta intención sin embargo más allá de lo que permite el principio de legalidad. La primera de las sentencias, en realidad un grupo de ellas como veremos, hace referencia al cálculo de la indemnización correspondiente a quien ha sido expropiado por un procedimiento radicalmente nulo, y en concreto a si es posible seguir aplicando el criterio de aumentar automáticamente en un 25% el justiprecio fijado como había hecho tradicionalmente la jurisprudencia antes de la introducción de la Disposición Adicional de la LEF, por la Ley de 27 de diciembre de 2012, de Presupuestos para el año 2013. La segunda se refiere a las garantías del expropiado en el procedimiento de urgencia, en concreto a aquellos casos en que la información pública se practica con posterioridad a la declaración implícita de urgente ocupación en el procedimiento de urgencia.

## II. SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL ANTE LOS PROBLEMAS GENERADOS POR EL CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN QUE CORRESPONDE A LOS AFECTADOS POR EXPROPIACIONES NULAS

### 1. Fijación del problema

A. El derecho del expropiado a indemnización comprende conceptos diferentes: justiprecio, indemnización de daños e intereses

El punto de partida para analizar la cuestión debe ser el de los derechos de compensación que corresponden al expropiado. Conforme a la formula recogida en nuestra Constitución la privación no puede hacerse sino “*mediante*” la correspondiente indemnización. Esta expresión ha llevado a un importante sector de la doctrina<sup>5</sup> a considerar que no existe exigencia constitucional de que la indemnización sea previa. Y es por ello que se considera constitucional el procedimiento de urgencia en que la indemnización es posterior a la ocupación.

Indemnización en sentido literal es todo lo que la Administración expropiante o el beneficiario dan a la persona afectada por la expropiación, pues se trata, en todo caso, de reparar el daño producido al administrado como consecuencia de la pérdida coactiva de la propiedad. Sin embargo se ha distinguido tradicionalmente entre la in-

---

<sup>5</sup> El principal defensor de la idea de que la expresión “*mediante*” implica que el pago debe ser previo al pago es GARCÍA DE ENTERRÍA que además entiende que ello acredita que se trata de un negocio real en que el pago es condición de la adquisición. Sin embargo esta posición es hoy minoritaria.



demnización que se corresponde con el valor de la cosa o justiprecio, que sería algo así como el valor de sustitución, y la indemnización del resto de los daños producidos entre los que se incluye el genérico y mal llamado “*premio*” de afección con el que se viene a valorar, de manera general, el difuso daño moral que produce la pérdida de lo que era tuyo. Mal llamado “*premio*” porque desde luego no es un hecho afortunado que se te prive de tu propiedad, aún cuando siempre te ofrezca más garantías y compensaciones la privación expropiatoria que la limitación legal de las facultades que como propietario te corresponden<sup>6</sup>. Insistiendo en la naturaleza indemnizatoria de todo lo que recibe el expropiado recordemos que el título que regula el devengo de intereses de demora hace referencia a la indemnización de los daños producidos por el retraso.

Este se puede decir es, de una manera básica, el esquema de las consecuencias indemnizatorias que tiene la expropiación forzosa cuando se desarrolla conforme a los procedimientos legalmente establecidos. Incluso cuando este es el procedimiento de urgencia, tan utilizado por la Administración, como ayuno de garantías eficaces para los administrados que pretendan discutir la expropiación en sí misma y no sólo la fijación de la indemnización, y en el cual aparece la figura del escuálido depósito previo que no altera sustantivamente el régimen de las indemnizaciones a recibir, aunque sí produce una alteración radical en cuanto al momento de su pago, permitiendo la ocupación del bien antes del pago del justiprecio, cuestión verdaderamente lamentable y origen de muchos de los problemas que aquejan a la institución de la expropiación forzosa en España y que no derivan tanto de la Ley como de su aplicación abusiva.

#### B. Alcance del derecho del expropiado cuando la administración incurre en vía de hecho

El anterior esquema es el que se aplica en el modo ordinario de actuación de la administración. Nos referimos a los supuestos en que la administración ejercita su potestad expropiatoria de manera ordenada a través de los procedimientos legalmente establecidos. No puede decirse, lamentablemente, que la actuación de la Administración al margen de todo procedimiento expropiatorio, o, más frecuentemente que lo anterior, con omisión de alguno de los trámites esenciales del procedimiento sea algo extraordinario, al menos desde el punto de vista cuantitativo, si atendemos a las numerosas resoluciones judiciales en la materia declarando la nulidad de este tipo de procedimientos. Sin embargo, eso no quita que, desde el punto de vista cualitativo, deba

---

<sup>6</sup> Sobre los problemas que plantean las expropiaciones legislativas y las dificultades para distinguirlas de las delimitaciones legales del derecho de propiedad se puede consultar el estudio de GARCÍA DE ENTERRÍA “Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 141 (1996). También se puede consultar “El Derecho de Propiedad en la Constitución Española”, de BARNÉS, J., en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y comparado*, de la editorial Tecnos.

considerarse como algo extraordinario dado el genérico deber de la Administración de actuar sometida a Derecho. Desde luego hay que reaccionar contra todo lo que suponga acostumbrarse a este tipo de defectos, debemos evitar que la conciencia jurídica se amodorre y pierda sensibilidad para apreciar la gravedad que tiene el que la limitación más profunda de la propiedad privada, base de las libertades civiles, en cuanto instrumento de desenvolvimiento de la propia personalidad, y piedra angular de desarrollo económico en una sociedad prospera, no se realice con las garantías debidas. Cuando no se respeta el mínimo exigible en el procedimiento o simplemente se prescinde de él entramos en la vía de hecho<sup>7</sup>, como forma de actuación, y en la nulidad radical como efecto general de el acto así producido. Parece lógico que no tenga las mismas consecuencias un acto producido en el seno de un procedimiento aún con algún vicio, que al margen de todo procedimiento o con omisión de sus trámites esenciales. Y esto ha llevado a nuestro legislador a conceptualizar tradicionalmente dichos incumplimientos como uno de los vicios más graves que puede aquejar a un acto administrativo y por tanto a sancionarlo con la nulidad de pleno derecho y no con la anulabilidad.

Esta doctrina tiene su especial aplicación en el campo de la expropiación forzosa. En este sentido el artículo 125 de la LEF, para estos supuestos de más evidente violación del procedimiento, recoge la posibilidad de que se utilicen frente a la administración los interdictos de retener o recobrar, garantía formalmente en vigor<sup>8</sup>, pero que no resulta más ventajosa, desde el punto de vista de la celeridad, que la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo con la petición de medidas cautelares, incluso inaudita parte. En todo caso ambas vías se han demostrado

<sup>7</sup> La STS de 22.9.2003 resume la doctrina científica sobre la materia afirmando: «El concepto de vía de hecho es una construcción del Derecho Administrativo francés que desde lejos viene distinguiendo dos modalidades, según que la Administración haya usado un poder del que legalmente carece (manque de droit) o lo haya hecho sin observar el procedimiento establecido por la norma que le haya atribuido ese poder o potestad (manque de procédure). Dicha categoría conceptual pasó hace tiempo a nuestro ordenamiento jurídico, especialmente por obra de la doctrina y de la jurisprudencia para comprender en ella tanto la actuación material de las Administraciones Públicas que se producen sin haber adoptado previamente una decisión declarativa que le sirva de fundamento jurídico como aquella otra actividad material de ejecución que excede evidentemente del ámbito al que da cobertura el acto administrativo previo.

*El primer supuesto, esto es, cuando la actuación administrativa carece de resolución previa que le sirva de fundamento jurídico, se encuentra prohibido con rotundidad en el art. 93 de la LRJPAC. Y a dicha falta de acto previo son asimilables aquellos casos en los que, existiendo tal acto, éste se ve afectado de una irregularidad sustancial, que permite hablar de acto nulo de pleno derecho o, incluso, inexistente viéndose privado de la presunción de validez que predica de todo acto administrativo el art. 57.1 LRJPAC. El segundo supuesto se refiere a los casos en que la ejecución material excede de su título legitimador extralimitándolo. En definitiva, como señalamos en sentencia de 8 junio 1993 “La ‘vía de hecho’ o actuación administrativa no respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la concreta actuación se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excedida de los límites que el acto permite”».*

<sup>8</sup> En sentido contrario a la pervivencia de la vía de hecho se manifiesta GÓMEZ DÍAZ, A. B., “Interdictos contra la Administración; su vigencia y perspectivas”, en *Actualidad Aranzadi*, núm. 443, (2000), pp. 1 ss. En sentido contrario al anterior LÓPEZ MENUDO, F., en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, p. 322.

insuficientes pues no es raro, sino todo lo contrario, que cuando el tribunal vaya a tener la oportunidad de pronunciarse la obra pública esté más que inaugurada.

Escuín Palop, en sus Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa<sup>9</sup> señala que “*La vía de hecho constituye la más grosera infracción del régimen jurídico de la expropiación*”. Igualmente cita la definición de Carretero Pérez, que se refiere a ella como “*la ocupación o el intento de ocupación de la cosa objeto de la expropiación por parte de la Administración, sin haber cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y pago o depósito previo en los términos establecidos en dicha Ley*”<sup>10</sup>.

Aplicando la doctrina general de la nulidad de los actos administrativos el vicio determinante de la vía de hecho no puede subsanarse, sino que, como en toda situación de nulidad, las partes deben devolverse recíprocamente aquello que antes habían intercambiado. El problema que se plantea, fundamentalmente, pero no sólo, en la expropiación realizada por el procedimiento de urgencia es que cuando se declara la existencia de vía de hecho la obra pública ya está realizada. Desde esta perspectiva surgen dos cuestiones. Una la posibilidad, o no, de revertir la situación, con destrucción de la obra ya realizada en su caso, y otra derivada de la anterior, consistente en determinar como se indemniza al propietario afectado por un despojo al margen de cualquier procedimiento cuando no es posible la devolución del bien expropiado debido a que el interés general demanda el mantenimiento de la obra pública construida sobre el bien expropiado.

### C. Posición inicial de la Jurisprudencia: incremento del 25% sobre el justiprecio. Motivos de la jurisprudencia y problemas que conlleva

Este último problema señalado más arriba es la cuestión que se abordan por las sentencias del Tribunal Supremo que vamos a estudiar. Tradicionalmente la jurisprudencia había venido entendiendo que lo que procedía era incrementar la indemnización por justiprecio e intereses en un 25%<sup>11</sup>. Con esta solución la jurisprudencia

<sup>9</sup> *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 2008, Civitas-Thomson.

<sup>10</sup> ESCUÍN PALOP señala las dificultades que existen para determinar cuando existe una vía de hecho aunque esto carezca de importancia práctica habida cuenta de que tanto la doctrina como la jurisprudencia reconducen de manera unánime la vía de hecho a la nulidad. Sin embargo, no es fácil identificar el concepto de vía de hecho dado que exige, como señala SAINZ MORENO, ponderar la gravedad de la irregular actuación administrativa, y así, frente a casos claros en los que esa actuación debe calificarse de vía de hecho, hay otros en los que puede calificarse esa actuación de nula de pleno derecho o de dañosa, sin llegar a constituir vía de hecho. La nulidad de pleno derecho y la responsabilidad administrativa en ocasiones delimitan el concepto de vía de hecho y en ocasiones lo integran. La indeterminación conceptual que aquí existe no puede eliminarse a priori mediante una definición que separe estos conceptos, ya que lo normal es que la vía de hecho implique una radical nulidad absoluta y de ella derive una responsabilidad por daño.

<sup>11</sup> En tal sentido STS de 31 de enero de 2006, 11 de noviembre de 1993, 21 de junio de 1994, 18 de abril de 1995, 8 de noviembre de 1995, 27 de enero de 1996, 27 de noviembre de 1999, 27 de diciembre de 1999, 4 de marzo de 2000, 27 de enero de 2000 y 24 de febrero de 2000, entre otras).

quería poner equilibrio entre el interés público que realiza la obra y que hace irracional la reposición del terreno a la situación anterior y el interés del particular, privado de manera grosera de su propiedad. Entendía en estas situaciones la citada jurisprudencia que no podía tratarse igualmente a la Administración cuando expropiaba de manera regular que cuando lo hacía tan burdamente.

En esta situación se comienza a desencadenar una dinámica algo perversa en la que los administrados, sin ningún interés en principio en evitar la expropiación, puesto que no reaccionan contra los actos sustanciales de la misma, dejan transcurrir el tiempo y aprovechan simplemente para incrementar en un 25% su indemnización. Es el caso de quien es privado por procedimiento de urgencia, no reacciona contra la ocupación que se ha hecho por ejemplo sin la necesaria declaración de necesidad, debido a que el Plan en que esta se amparaba no contiene la información suficiente para considerar cumplidos los trámites de los artículos 18 y 19 LEF, y una década después hace valer en la reclamación contra el justiprecio que se añade un 25% sin aportar justificación alguna sobre un supuesto daño adicional, ni su valoración sino como una consecuencia automática del vicio de nulidad.

Evidentemente la cuestión tiene una enorme transcendencia para la Administración, pues el aumento de las cantidades es muy sustancial. Si a esto se le une por un lado, la demasiado elevada frecuencia de supuestos que legitiman estas reclamaciones por haber incurrido la declaración de necesidad de ocupación en algún vicio insubsanable, sobre todo en el procedimiento de urgencia, se multiplica la extensión de estos efectos. Obviamente esto no nos puede hacer olvidar, en primer lugar, que la Administración tiene en su mano reducir el número de supuestos en que esta doctrina se aplica mediante una aplicación cuidadosa de la norma respetuosa con los derechos del expropiado, en segundo lugar, que en todo caso la vía de reducción de las enormes cantidades de intereses que se pagan en los expedientes expropiatorios tienen un mejor aliado en estimular la diligencia de la Administración que en premiar la mala praxis, y en tercer y último lugar no podemos dejar de señalar que el mejor remedio para reducir el abono de estas cantidades es el acercamiento entre el momento de la ocupación y el pago de la indemnización.

### **2. La introducción de la Disposición Adicional de la LEF en la redacción dada por la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012 de 27 de diciembre de Presupuestos Generales para el año 2013. Aplicación contradictoria por los Tribunales Superiores de Justicia**

Terminábamos el apartado anterior haciendo referencia a medidas que pueden evitar los peligros antes señalados, sin embargo estas medidas se encuentran siempre entre las aspiraciones doctrinales insatisfechas por el legislador. También en este caso

el remedio legislativo puede unirse a la lista de reproches. En efecto para paliar esta situación no se acometió la reforma del procedimiento de urgencia y en general de la LEF, sino que apareció la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2013 que dio la siguiente redacción a la Disposición Adicional de la LEF: *“En caso de nulidad del expediente expropiatorio, independientemente de la causa última que haya motivado dicha nulidad, el derecho del expropiado a ser indemnizado estará justificado siempre que éste acredite haber sufrido por dicha causa un daño efectivo e indemnizable en la forma y condiciones del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*.

Hasta cierto punto es una disposición redundante puesto que ya existía el citado artículo 139 y aún cuando no se hubiera dictado esta disposición se podría haber reaccionado contra la jurisprudencia que fija la indemnización de manera automática en el 25% cuando estamos ante una nulidad absoluta en el seno del procedimiento expropiatorio invocando la naturaleza indemnizatoria de todas las cantidades que se entregan al expropiado. Sin embargo no se quiso dejar lugar a dudas derivadas de la especialidad del procedimiento expropiatorio que pudiese invocarse frente al procedimiento general, como de hecho pretende la sentencia del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha, TSJCM en adelante, que dio origen a la Sentencia de 4 de junio de 2018 que analizamos.

Así que con este motivo los Tribunales Superiores de Justicia comenzaron corregir los abusos padecidos ante la ausencia de dicha Disposición. En este sentido se pueden citar como sentencia favorable a la idea de que, a partir de ese momento, no es posible aplicar de manera automática el aumento del 25<sup>o</sup> en las indemnizaciones por las expropiaciones nulas de pleno derecho la Sentencia del TSJ de Madrid de 10 de marzo de 2016.

Esta nueva situación plantea desafíos. Desde el punto de vista pragmático se plantea el riesgo de que, de alguna manera, se alivian las consecuencias del descuido de la Administración. Desde el punto de vista teórico es necesario conciliar el que no se pague un porcentaje añadido de manera automática con la necesidad de indemnizar ese mayor daño que se inflige al administrado cuando, no sólo se le priva coactivamente de su derecho de propiedad, sino que se le priva de la garantía constitucional del derecho al procedimiento expropiatorio que recoge el artículo 33 de la Constitución al señalar la necesidad de que la privación se haga de *“conformidad con lo dispuesto en las leyes”* y, por tanto, conforme al procedimiento que corresponda; e igualmente es necesario conciliar la restricción con la necesidad de que se indemnice por el mayor daño que supone, que a pesar de la nulidad del expediente expropiatorio, la propiedad no sea devuelta cuando el interés público exige el mantenimiento de la obra realizada sobre los terrenos expropiados.

En esta situación se dan una serie de sentencias del TSJCM que entienden que la Disposición Adicional no afecta a la anterior jurisprudencia sobre la materia y se plantea la necesidad de uniformar la interpretación de la citada Disposición, lo que el Tribunal Supremo realiza recogiendo también las bases para dar respuesta a los desafíos planteados por la nueva normativa.

### **3. Fijación en casación de la interpretación de dicha Disposición Final. La STS de 4 de junio de 2018**

Esta es la situación jurisprudencial en que se dictan las sentencias del Tribunal Supremo que analizamos, que no van a plantear abiertamente la corrección de su anterior doctrina pero que la rectifican, aprovechando la novedad legislativa, sobre la base de la naturaleza indemnizatoria de las cantidades que se abonan al expropiado, lo que viene a ser un implícito reconocimiento de que también antes debieron fijarse siguiendo esos mismos criterios que siempre se han recogido en las diferentes normativas de procedimiento administrativo. Se trata de un conjunto de sentencias dictadas en casación contra sentencias del TSJCM a propósito de la expropiación motivada por construcción de la denominada “*Autovía del Sagra. Tramo II: A-42 (n-401), en Illescas-CM-4001 en Borox y Añover de Tajo (Toledo)*”. La primera es la de 4 de junio de 2018, a ellas le siguen la de 12 de junio, ambas con ponencia del Excmo. Sr. Magistrado Olea Godoy. A ellas se suma la de 26 de junio de 2018 con ponencia de Trillo Alonso a propósito de la “*Variante de la CM-4009, en las localidades de Torrijos y Gerindote, tramo-variante de Torrijos y Gerindote (Toledo)*.”

Vamos a analizar el objeto del recurso contencioso, las pretensiones de las partes en la instancia, la STSJ de Castilla-La Mancha, el recurso de casación y los argumentos de las partes en casación y la doctrina fijada por el Tribunal Supremo.

A. El objeto del recurso contencioso y las pretensiones de las partes en la instancia

Es importante hacer constar que los recursos se interponen contra el respectivo acuerdo del Jurado Regional de Valoraciones de Castilla-La Mancha, de los años 2013 o 2014, por los que se fijaba el justiprecio de la expropiación de una serie de parcelas para la ejecución de la “*Autovía de la Sagra, tramo II: A-42 (N-401) en Illescas-CM-4001 en Borox y Añover de Tajo*”, y de la “*Variante de la CM-4009, en las localidades de Torrijos y Gerindote, tramo-variante de Torrijos y Gerindote (Toledo)*.” que tenían a distintas beneficiarias. A pesar de que se recurría contra el acuerdo de justiprecio es importante hacer constar que se hacía valer la nulidad de la expropiación por vicio sustancial en la declaración de utilidad pública. Los recurrentes sostenían la nulidad de la expropiación y en consecuencia la necesidad de que la indemnización se incrementase en un 25%.

## B.-La STSJ de Castilla-La Mancha

La STSJCM exponía el problema en los siguientes términos: *“En cuanto a las consecuencias derivadas de la nulidad, en coincidencia con lo solicitado en la demanda, procede incrementar el justiprecio en un 25%, a cargo de la Administración expropiante. Sin que puedan encontrar favorable acogimiento las alegaciones del Letrado de la Junta, que considera que resulta de aplicación la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, que vincula el derecho a percibir la indemnización en caso de nulidad del expediente expropiatorio a la acreditación de haber sufrido por esa causa un daño efectivo e indemnizable, pues no nos hallamos aquí en ese supuesto sino ante una compensación a la propiedad por la imposibilidad de restitución in natura de la ilegal ocupación de los terrenos expropiados”*.

A continuación la Sala hace unos razonamientos en relación a por qué el *“Modificado”* de la obra incurría en nulidad. Podría pensarse que este tema es adjetivo en relación al que nos ocupa. Es decir, en principio nos daría igual cual fue la causa que dio lugar a la nulidad del expediente expropiatorio pues la cuestión que se plantea es si la nulidad de pleno derecho, cualquiera que sea su causa, debe dar lugar a un incremento de la indemnización en un 25%. Siendo esto cierto sin embargo entendemos de mucha utilidad la cita de los razonamientos que sobre esta cuestión expone la STJCM porque a través de ellos se pone de manifiesto cual es el conflicto de intereses subyacente, cuya comprensión resulta imprescindible para entender y en su caso hacer un análisis de la doctrina que fija el TS. Este conflicto es básicamente el del interés público en el mantenimiento de la obra a pesar de la ilegal expropiación frente al interés del expropiado en el respeto íntegro a su derecho de propiedad. Desde esta perspectiva cobra interés conocer la causa de la nulidad, porque, con independencia del análisis que hagamos más adelante de la doctrina sentada en estas sentencias, el TJCM señala un hecho que es muy relevante y es que en este caso, en su opinión, el defecto ha impedido la real defensa del derecho de propiedad o al menos lo ha reducido a una defensa indemnizatoria y no restitutoria pues se le ha privado, como consecuencia del vicio, de la posibilidad de hacer alegaciones de fondo sobre la oportunidad de la ocupación de sus terrenos o la conveniencia de hacerlo en otros a la vista de la finalidad de la obra como permiten los artículos 18 y 19.1 LEF.

Señala la STJSCM a este respecto: *“Por lo que se refiere al MODIFICADO nº 1,...* sigue faltando la notificación personal de la declaración de necesidad de ocupación (art. 21 de la LEF), que origina igualmente la nulidad... el acuerdo de necesidad de ocupación inicia el expediente expropiatorio y ha de notificarse individualmente a cuantas personas aparezcan como interesadas en el proyecto... el art. 21 de la Ley de Expropiación Forzosa...establece, en su punto 3º, que *“Además habrá de notificarse individualmente a cuantas personas aparezcan como interesadas en el procedimiento expropiatorio, si bien en la exclusiva parte que pueda afectarlas”*. Precepto que ha de ser completado con el art. 22.1 de la misma Ley se dispone que *“Contra el acuerdo de necesidad de ocupación se dará recurso de alzada ante el Ministerio correspondiente, que podrán interponer los*

*interesados en el procedimiento expropiatorio, así como las personas que hubieran comparecido en la información pública”...En relación con el cumplimiento de dicho trámite, el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha alegó que la Administración autonómica ha cumplido de forma escrupulosa la normativa aplicable... Ahora bien, si bien la mencionada documental acredita el cumplimiento del trámite de información pública de la relación de bienes y derechos de necesaria ocupación, dicho trámite no es suficiente para garantizar que el afectado pueda combatir la declaración de necesidad de ocupación antes de que la ocupación misma se lleve a cabo, lo que solo se garantizaría, según acabamos de ver, con la notificación del acuerdo de necesidad de ocupación a los titulares de bienes y derechos de necesaria expropiación; máxime cuando, según se alega por la parte actora, en el presente caso el Acta Previa de Ocupación es el único trámite administrativo que existe, sin que se haya redactado el Acta de Ocupación ...”*

Se puede decir pues que esta es la razón última de la STSJCM, y entiendo que ello está en la base de que manifieste la idea de que la Disposición Adicional introducida por la Ley 17/2012 no altera la jurisprudencia anterior ya que en este caso se estaría indemnizando el mayor daño que se produce a un ciudadano. Daño que en esos casos consistiría en que añade a la privación de su propiedad el que se le haya privado del derecho al procedimiento adecuado, y también de una eventual devolución que la actuación administrativa ha convertido en imposible, viniendo el incremento del 25% a ser una valoración de estas últimas privaciones. Sería una valoración global, y genérica que no requiere de la alegación y prueba concreta de ese daño, pues se trata en definitiva de un daño moral, residual, para la STJCM, equiparable al premio de afección que viene a indemnizar un daño genérico y no necesitado de definición ni de concreción asociado a daños morales inespecíficos que se le producen a cualquier persona cuando se le quita lo que es suyo en contra de su voluntad, aún cuando se pague por ella. Creo que esta asimilación no encaja en el régimen jurídico establecido por el legislador en la Disposición Adicional introducida por la Ley 17/2012. En el título de este comentario hablamos de los límites a la jurisprudencia en su labor de remozar y conservar en buen estado la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y este es sin duda un ejemplo perfecto de tal límite: la jurisprudencia no puede suplir ni contrariar la labor del legislador, sobre ello volveremos.

Pero siguiendo con nuestro estudio, veamos como recoge estas cuestiones la STJCAM. A este respecto señala que *“...Se debe reiterar el criterio de la Sala favorable al incremento del justiprecio en un 25% como resarcimiento de la vía de hecho cometida frente a la invocación que se viene haciendo por parte de la Administración demandada de la Disposición Adicional de la LEF, en redacción introducida por la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, y citando algunas sentencias recientes de Tribunales Superiores de Justicia donde se desestiman pretensiones de indemnización del 25% por nulidad del procedimiento expropiatoria con base en la mencionada Disposición...En primer lugar hay que decir que tal interpretación de la norma, de ser la correcta, sería directamente contraria a la doctrina que deriva de la Sentencia del Tribunal Europeo de Dere-*



*chos Humanos de 6 de octubre de 2.015 (Caso Pellitteri y Lupo contra Italia ).. Sucede sin embargo que la interpretación que hace la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de la norma no es, a juicio de la Sala, la correcta... No se olvide que ese 25 % no valora suelo, ni valora tampoco solamente el hecho de que se haya privado ilegalmente del mismo al propietario, sino que lo que valora es el hecho de la privación ilegal combinado con el de que la Administración no va a devolver el bien aunque esté obligada a hacerlo, porque, por sus propios actos, ha convertido tal devolución en muy difícil o no deseable por el particular. Si una privación legal y en forma da lugar a una indemnización de tipo moral del 5 % (premio de afección) no parece nada exagerado que una privación ilegal y el incumplimiento añadido de la obligación de devolver el bien la tenga del 25 %. Por otro lado, es esta una indemnización que cuadra perfectamente con las posibilidades que al respecto reconoce el art. 105 Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa... “*

Fijada su posición general sobre como deben indemnizarse los daños producidos por los actos nulos de pleno derecho en el seno de un procedimiento expropiatorio, o al margen de todo procedimiento tal y como se había consagrado por la jurisprudencia anterior a la ley de 2012 la STJCM analiza como, en su opinión, este régimen general no se altera por la introducción en 2012 de la ya citada Disposición Adicional. A este respecto señala que la incorporación legal es irrelevante, y que en todo caso no suponen una alteración de la competencia de los juzgados y tribunales para indemnizar un daño en ejecución de sentencia por la vía del artículo 105 LJCA y que la sentencia lo que viene a hacer es establecer en el fallo lo que se haría en ejecución en la cual es posible valorar el daño moral. En definitiva señala que dado que la LEF ordena indemnizar el daño moral no existe obstáculo para mantener la anterior interpretación. Añadiendo que si el daño moral en un procedimiento ordinario se indemniza a través del premio de afección fijado en un 5%, es evidente que el daño moral producido cuando se te priva de la propiedad al margen de todo procedimiento o prescindiendo de sus trámites esenciales, es mayor, y aún más si a eso se añade que, a pesar del procedimiento nulo, no se te devuelve el bien expropiado, concluyendo en consecuencia que es correcto valorar dicho daño en un 25% adicional conforme a la jurisprudencia anterior a la Disposición Adicional.

Es como veremos más adelante, aquí donde, entiendo que la STSJCM da un salto sin el necesario apoyo. Veamos que dice en concreto a este respecto: *“Ahora bien, esta DA es una norma por completo irrelevante, pues, obsérvese, se limita a decir que si se dan las circunstancias del art. 139 existirá ese derecho, cosa obvia en extremo, hasta el punto de que para ello ya existía el art. 139, sin que sea necesario un nuevo artículo que recuerde que el art. 139 es un artículo aplicable y en vigor. Pero ni siquiera dice la norma que “solo” se tenga derecho en tales casos, sino que en tales casos se tendrá derecho, lo que no es lo mismo. Y desde luego no puede querer decir que “solo” haya derecho a ser indemnizado cuando se demuestre la existencia de un daño de acuerdo con el art. 139 si se toma en cuenta que hay en el ordenamiento jurídico otras normas que pueden establecer una indemnización bajo criterios propios y particulares, y si la DA quisiera derogarlas*

*a favor de la exclusiva aplicación del art. 139 debería haberlo dicho expresamente. Normas como, en lo que a nosotros nos interesa, el art. 105 Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa,... Si la Administración no lo devuelve por imposibilidad, habrá que proceder conforme al art. 105, y fijar una indemnización por la inejecución de la sentencia. Y en esa indemnización es perfectamente posible introducir un daño moral incrementado respecto del daño moral que la Ley indemniza con el premio de afección, pues, como más arriba decíamos, a la privación coactiva de un bien se añade que la privación es ilegal y sin embargo el bien no se devuelve. Cuando la sentencia aplica el 25 % no hace sino resumir en sentencia aquello a lo que se habría llegado inevitablemente en ejecución.*

La STJCM, como hemos adelantado, da, en nuestra opinión, y siempre desde el respeto debido, un salto en sus razonamientos que se apoya en terreno poco firme. En efecto es cierto que el artículo 105 de la LJCA sigue en vigor, pero dicho artículo recoge la facultad del Tribunal para fijar una indemnización por la imposible ejecución de la sentencia. No recoge expresamente un procedimiento para ello aunque sí la audiencia de las partes, en todo caso, parece que serán aplicables las disposiciones procesales elementales para que las partes hagan sus alegaciones, cuantifiquen el daño que se les produce por la inejecución, y prueben los parámetros de esa cuantificación ex artículo 217 LEC. Aún cuando el daño es cierto y el Tribunal lo conoce, en ese caso el daño derivado de la inejecución, ello no permite al Tribunal fijar a tanto alzado y al margen de cualquier valoración el daño, pues incluso el moral ha de ser cuantificado, lo que no se discute, con independencia de que se utilicen criterios más o menos genéricos lo que es cuestión diferente. Y precisamente la que se plantea aquí porque el TSJCM establece una apreciación genérica e indiscriminada en un 25% por encima del justiprecio.

Pero eso deja en pie que ese daño moral no será de la misma intensidad para una persona que verdaderamente tenía la voluntad de pedir la devolución del bien y que por lo tanto ha reaccionado contra la declaración de necesidad de ocupación o la declaración de utilidad pública por separado y antes de la fijación del justiprecio, que el daño que se le produce a quién se ha mostrado pasivo durante años con la ilegal ocupación, sólo reacciona contra la fijación del justiprecio en busca de aumentar el valor de un bien cuya recuperación no parece realmente importarle. Es decir deja en pie el problema que había dado lugar a la reforma de 2012.

Finalmente la interpretación que se hace de la Disposición Adicional va en contra del principio de interpretación de las leyes conforme al cual en caso de ser posible varias interpretaciones hay que decantarse por aquella que le atribuya a la norma efectos reales. La sentencia viene a señalar que la norma es inútil y por tanto prescindible, y que no ha aportado nada respecto al régimen anterior por lo que en nada debe cambiar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como veremos el Tribunal Supremo no aborda directamente estos argumentos pero los desecha sobre la

base precisamente de que hay que dar solución a esos supuestos abusivos y aplicar la Disposición Adicional.

#### C. La STS de 4 de junio de 2018. Planteamiento del Recurso de Casación

La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha prepara recurso de casación, por infracción de la Disposición Adicional de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, en la redacción dada por la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado. La Sección Primera de la Sala Tercera admitió a trámite el recurso y precisó la norma a interpretar señalando que la cuestión a esclarecer consiste en: *“La determinación del alcance y requisitos de la Disposición Adicional de la Ley de Expropiación Forzosa en la redacción dada por la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012 de Presupuestos Generales del Estado, para el reconocimiento del derecho del expropiado a ser indemnizado en el caso de nulidad del expediente expropiatorio”*.

#### D. Los argumentos de las partes en casación

La Junta de Castilla-La Mancha mantiene que la Disposición controvertida contiene un mandato que vincula a los Tribunales, en el sentido de que *“la declaración de nulidad del expediente expropiatorio nunca podrá conllevar el reconocimiento de un derecho indemnizatorio automático ya que el derecho indemnizatorio opera siempre que se alegue y acredite la existencia de un daño efectivo e indemnizable en la forma y condiciones del art. 139 de la LR-JPAC”*. En apoyo de su posición hace referencia a sentencias de otros Tribunales Superiores de Justicia. Entiende en definitiva que se le ha dado a dicha indemnización un carácter automático dándole un tratamiento de premio de afección incrementado.

Se opone al recurso la representación procesal de los beneficiarios planteando, fundamentalmente, una cuestión de derecho transitorio en virtud de la cual la Disposición Adicional no sería aplicable al caso en cuestión por lo que había que aplicar la doctrina jurisprudencial que fijaba la indemnización en estos casos en un incremento con un 25% sobre el justiprecio. Se trataba de un problema de cierta enjundia pero no lo exponemos habida cuenta de que el tema no se había planteado debidamente en el proceso y no fue admitido.

#### E. Los Fundamentos de las sentencias del Tribunal Supremo

A este respecto lo primero que hacen las sentencias del Tribunal Supremo es delimitar el objeto de su pronunciamiento señalando que su labor es la de la interpretación de la Disposición Adicional y que las alegaciones de la parte recurrida (la expropiada) incurren en desviación procesal ya que se dirigen a cuestionar la vigencia y aplicación por razón del tiempo de la citada disposición adicional, eludiendo cualquier pronunciamiento sobre esta cuestión. En concreto señala: *“Centrado el debate procesal en los términos indicados, se trata de determinar el alcance de la Disposición Adicional*

*LEF en cuando exige que, tratándose de supuestos de nulidad del expediente expropiatorio, el derecho del expropiado a ser indemnizado se supedita a la acreditación de haber sufrido por dicha causa un daño efectivo e indemnizable en la forma y condiciones del art. 139 de la Ley 30/92, y ello en relación con los criterios que ha venido estableciendo la abundante jurisprudencia sobre la materia.”*

El Tribunal Supremo procede a enmarcar la cuestión conforme al siguiente discurso. En primer lugar no hay que confundir la indemnización que se le da al expropiado por una expropiación regular compuesta por el valor del bien, o justiprecio, y por el valor del resto de daños producidos, más el premio de afección y, en su caso los intereses, con las indemnizaciones que se dan por expropiaciones nulas o en vía de hecho. En ese caso no hay propiamente expropiación ni justiprecio. Así señala que: *“Según declaramos en sentencia de 16 de marzo de 2.005, una cosa es la indemnización procedente a consecuencia de la privación, en virtud del instituto expropiatorio, de bienes y derechos, y otra cosa diferente es el reconocimiento del derecho a indemnización por la vía de hecho cometida por la Administración a consecuencia de la anulación de la actuación expropiatoria derivada de la nulidad de la resolución administrativa que declaró la utilidad pública que legitimaba dicha expropiación, cuya nulidad conlleva, en esencia, la devolución de las fincas de que se ha visto privado ilegítimamente el expropiado en vía de hecho, (Ss. 17-9-2008, rec. 450/2005; 10-2-2009, rec. 2129/2005; 24-3-2009; 13-3-2012, rec.773/2009).”*

Luego se señala que en caso de nulidad de la expropiación hay dos posibilidades que se restituya el bien con el pago de los perjuicios producidos, o que el bien no se devuelva, situándose en este segundo supuesto el caso problemático. Para el primer caso hay que aplicar las normas de la responsabilidad patrimonial claramente sin que haya cambiado nada a este respecto la introducción de la Disposición Adicional. En concreto manifiesta que *“Como se ha indicado antes, la restitución in natura de los bienes y derechos expropiados es la consecuencia jurídica de la anulación del procedimiento expropiatorio, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan por los daños y perjuicios causados por la actuación anulada (S.10-2-2009, rec. 2129/2005)... En esta situación, que supone la reparación in natura de los derechos afectados, ninguna duda plantea la aplicación de la disposición adicional de la LEF en la redacción que examinamos, pues, si a la devolución de los bienes se añade la pretensión de indemnización de daños y perjuicios, para que esta pueda prosperar será preciso justificar que concurren los requisitos exigidos en los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/92 (actualmente arts. 32 y ss Ley 40/2015), sin que ello suponga modificación respecto de la situación anterior a la Ley 17/2012. Las discrepancias surgen cuando no es posible la ejecución in natura de la declaración de nulidad del procedimiento o de la vía de hecho, en cuanto a la devolución de los bienes ocupados, en cuyo caso la falta de devolución debe compensarse, al amparo del art. 105.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa, mediante la correspondiente indemnización sustitutoria, que tiene un carácter subsidiario y a la que solamente cabe acudir ante la imposibilidad material de devolución ( S.17-9-2008, rec. 450/2005 y 10-2-2009, rec. 2129/2005).*

Para estos supuestos problemáticos en que no es posible la devolución del bien se ha de pagar una indemnización y respecto a la naturaleza y cuantificación de la cantidad que se paga gira la solución al problema. El TS señala que ordinariamente cuando se recurría el justiprecio alegando razones que dan lugar a la nulidad del expediente expropiatorio y para evitar a los recurrentes un segundo proceso se fijaba directamente la indemnización por el tribunal en un 25% más del justiprecio fijado. Esa indemnización era global por el valor del bien y todos los daños incluidos los producidos por el procedimiento nulo. En concreto se recoge que. “...*la controversia se produce en relación con las formas de determinación de esa indemnización sustitutoria, ya que, como hemos dicho en sentencia de 15 de octubre de 2008, cuando tal ilícita privación se produce y así se interesa por el afectado, al objeto de evitarle la promoción de un nuevo proceso, la indemnización puede traducirse en la valoración asignada por el Jurado cuyo contenido es objeto de cuestionamiento en vía jurisdiccional, incrementada en un 25% sobre la base de que, apreciada una vía de hecho, no existe un auténtico justiprecio como compensación por la pérdida de la propiedad del bien al no existir, en realidad, una auténtica y legal expropiación forzosa. ( S. 5-3-2012 y 13- 3-2012, rec. 773/2009).Precisando en otras sentencias que, aunque en determinadas circunstancias se haya tomado como referencia por la jurisprudencia, a efectos de fijar dicha indemnización la aplicación de un porcentaje de incremento sobre el justiprecio, en razón de la vía de hecho en que incurre la Administración por la nulidad del expediente expropiatorio, ello no permite identificar ambos conceptos ni supone que, necesariamente, haya de fijarse tal indemnización con referencia al justiprecio previamente.*”

Continúa el Tribunal Supremo señalando que en todo caso esa jurisprudencia no puede ser entendida en el sentido de que la indemnización por la ocupación en vía de hecho es de un 25% sino como una solución dada al reclamante para evitarle un segundo procedimiento, siendo lo ordinario la determinación ex artículo 105.2 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, LJCA en adelante, lo que supone valorar el bien en el momento en que procede la devolución y no se hace y añadir a eso la valoración de los daños que la ocupación del bien haya producido. Continúa la STS analizada diciendo que “...*Es cierto que esta Sala ha venido reconociendo una compensación del 25% resultante de la indemnización por vía de hecho, siendo necesario resaltar, como recordamos en aquella sentencia de 15 de octubre de 2008, que ello ha sido cuando el objeto del recurso estaba referido al acuerdo valorativo del Jurado y siempre que así se hubiera solicitado por la parte que se vio privada ilegalmente de sus bienes, al objeto de evitarle la promoción de un nuevo proceso, sin que en definitiva sea correcto entender que con carácter general la indemnización por la vía de hecho haya de cifrarse en el 25% del justiprecio y ello, entre otras cosas, porque apreciada una vía de hecho, no existe tal justiprecio como compensación por la pérdida de la propiedad del bien, al no existir en realidad una auténtica expropiación forzosa. (S. 25-9-2012, rec. 1229/2009).*”

Como colofón a todo lo expuesto el Tribunal Supremo distingue dos vías de evaluación indemnizatoria. La ordinaria que es valorar el bien al momento de im-

sible devolución y añadir el valor de los daños conforme a las normas de responsabilidad patrimonial, sin añadir el 25%. Y la segunda que se reconoce como un remedio procesal y en la que la jurisprudencia había venido reconduciendo el importe de la indemnización por daños, incluidos los derivados de la falta de procedimiento, a un incremento del justiprecio en un 25% adicional. Se considera que esto no resulta acorde con la naturaleza indemnizatoria de la cantidad pagada y se señala que ya no se puede aplicar tras la entrada en vigor de la Ley 17/2012, sino que por el contrario habrán de ser alegados los daños, probados y cuantificados por el recurrente sin poder fijarlos de manera genérica en ese 25%. Dice en concreto *“Se desprende de ello que en la determinación de la indemnización sustitutoria cuando no es posible la devolución del bien ocupado se siguen dos criterios: La fijación de la indemnización al amparo del art. 105.2 de la Ley de la Jurisdicción, que es la que procede en términos estrictamente jurídicos... y que se concreta en la valoración del bien,... cuya liquidación conjunta con la indemnización de daños y perjuicios causados por la actividad ilegal, justificados en los términos que exige la disposición adicional LEF, supone la reparación íntegra de las consecuencias de la ilegal actividad administrativa, por lo que,... sobre la liquidación así practicada no perla el incremento del 25 por ciento.*

*El segundo criterio consiste en determinar la indemnización compensatoria atendiendo a la valoración asignada por el Jurado cuyo contenido es objeto de cuestionamiento en vía jurisdiccional, incrementada en un 25% , criterio que se aplica a solicitud del interesado y para evitar el planteamiento de otro recurso y que la propia jurisprudencia señala que no es correcto entender que con carácter general la indemnización por la vía de hecho haya de cifrarse en el 25% del justiprecio y ello, entre otras cosas, porque apreciada una vía de hecho, no existe tal justiprecio como compensación por la pérdida de la propiedad del bien, al no existir en realidad una auténtica expropiación forzosa. Con todo, el problema surge porque en la determinación de esa indemnización no solo se atiende al valor del bien, cuya devolución no es posible, sino que el referido incremento del 25% incluye también la indemnización por la vía de hecho, es decir, por los perjuicios derivados de la ilegal actuación, de manera que se produce una valoración global sin precisar el alcance y naturaleza de los daños, lo que ha llevado a que en recientes sentencias, como la de fecha 26 de abril de 2018, dictada en el recurso 2046/16 , se declare que dicho incremento del justiprecio por su carácter indemnizatorio y, aun cuando en principio pueda presumirse en atención a las circunstancias del caso que la privación por vía de hecho puede suponer un perjuicio superior al reparado mediante el justiprecio, cuando se pone en cuestión la existencia de ese perjuicio real y efectivo, es necesario acreditar la realidad del mismo para que la indemnización resulte procedente.*

*En consecuencia y en congruencia con esa condición de indemnización de daños y perjuicios ha de concluirse, que la viabilidad de la pretensión de indemnización de los mismos, también en el supuesto de solicitud de determinación atendiendo a la valoración asignada por el Jurado incrementada en un 25%, resulta exigible y es necesario acreditar la concurrencia de los requisitos y condiciones establecidos en el art. 139 de la Ley 30/92 (32 y ss Ley 40/15), como exige a disposición adicional de la LEF que estamos examinando.”*

## F. Valoración crítica

Hay que comenzar señalando que quizá hubiera sido deseable un mayor desarrollo de esta argumentación que viene a cambiar la línea jurisprudencial anterior, aunque bien se puede decir que esa línea es precisamente previa al cambio legislativo y que la cita de este cambio es suficiente justificación de la cuestión. Sin embargo tampoco se hace expresa mención del cambio legislativo como razón del cambio de jurisprudencia, aunque ello se deduce de que se produce al interpretar la Disposición Adicional. Tampoco se puede esperar que se respondan los argumentos de las sentencias de instancia como si fueran los de uno de los recurrentes pero bien es verdad que tan escueta motivación hace necesario indagar un poco más sobre la base del pronunciamiento.

En este sentido me parece especialmente clarificadora la cita de la STS de 26 de abril de 2018. Con ello el TS viene a decir que aunque no se haya expresado de manera directa con anterioridad sobre la cuestión lo dicho en esta no es una novedad total. En efecto ese pronunciamiento se refiere a un supuesto en que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía no había aplicado de manera automática como pretendía el recurrente el aumento del 25% y ello sobre la base de que desde 1996, *“los propietarios no hicieron nada para recuperar unos terrenos que mantenían baldíos y sin ningún tipo de aprovechamiento, hasta que se solicita su expropiación, entendiéndose que solicitar en la hoja de aprecio de 2012 una indemnización por un daño consumado en 1996, es una conducta poco leal con los propios actos y con la confianza generada en la otra parte.”* Y esto, a mi modo de ver, se vincula con la finalidad propia del cambio legislativo que se produce con la introducción de la Disposición Adicional, se trata de evitar el automatismo del 25% para no propiciar abusos como el señalado.

En un principio, pudiera pensarse que la indemnización tenía un matiz cuas sancionador pues no deja de citarse en las sentencias que la aplicaban que no podía tratarse igual el comportamiento de una Administración que actuaba conforme a derecho ( la cual pagaba un justiprecio) que la que actuaba al margen del procedimiento. Parece fijarse en el aspecto retributivo del injusto más que en la compensación del daño con esas expresiones. Podría pensarse que quizá el TS al aludir a la naturaleza indemnizatoria de la cantidad como base de esta interpretación de la Disposición Adicional está corrigiéndose en última instancia a sí mismo por haberla entendido con un matiz sancionador. No es posible saber si en, efecto estaba en la mentalidad del TS ese matiz sancionador. A mi parecer se trato de una solución que dio la jurisprudencia a problemas no previstos en la propia legislación, evitando más perjuicios y trámites al interesado. Fundamentalmente se trataba de solventar el problema de los interesados que en un procedimiento de urgencia no habían sido notificados adecuadamente y no se les había permitido defenderse del hecho expropiatorio habiéndose limitado este derecho a pedir la

correspondiente indemnización, y a los que se les quería evitar la prolongación procesal de sus pretensiones. Otro mérito no menor que hay que reconocer a esta doctrina es el de objetivar el daño haciendo previsible la indemnización, pero esto sólo se logra a costa de la justicia del caso concreto. Finalmente habría argumentos para sostener que, si todos los ciudadanos somos esencialmente iguales ante la ley, la indemnización que se nos diera cuando la administración no cumple con la ley debería ser igual para todos siendo igual la infracción legal, para no inaplicar el principio de igualdad.

A pesar de estas bondades, con el tiempo esta doctrina ha sufrido el retorcimiento en la práctica como se pone de manifiesto en la Sentencia de 26 de abril de 2018 al ser utilizada por quien no tenía, ni tuvo jamás ninguna intención de evitar la expropiación, no reaccionó contra las nulidades de la misma y se limita a esperar que pase el tiempo para acumular a los intereses de demora el 25%, que se supone que indemnizaba un daño que en apariencia no ha sufrido.

En definitiva el Tribunal Supremo se encuentra ante una de las limitaciones en su labor de remoción de la Ley de 1954, remoción que en su momento pasó por reconocer un plus de indemnización, automáticamente valorado, en favor de los perjudicados por las vías de hecho y que hoy pasa por evitar los abusos que produjo el reconocimiento automático del 25%. Esta labor en principio no tenía el claro límite legal que hoy le impone la Disposición Adicional. En efecto se podría haber aludido al carácter especial de la norma expropiatoria frente al general de las leyes de procedimiento para justificar este especial tratamiento que durante años han tenido estos supuestos. En este contexto la doctrina protectora de los legítimos intereses del despojado se refina y se depura de modo que ante una vía de hecho deberá recibir una indemnización, que será probablemente mayor que la que recibiría de haberse expropiado de manera regular, porque probablemente un procedimiento correcto por más garantista produce menos daños que una vía de hecho, pero no de manera automática. Será, probablemente mayor la indemnización porque si el expropiante tenía la intención de que el bien se le devolviera, la no devolución produce mayor daño pero igualmente será necesario alegarlo y acreditarlo. El nuevo equilibrio no supone desproteger al expropiado frente a la lesión mayor infligida pero sí que le desplaza la carga de la alegación y la prueba, lo que siendo lógico y coherente, con el artículo 217 LEC no deja de ser paradójicamente un balón de oxígeno para la Administración y redundará sin duda en una situación de agravio comparativo entre el gran expropiado que contará con los servicios que le procuren una justificación de los daños mientras que expropiados más modestos tendrán menos medios para abordar esta carga con iguales garantías.



### G. La interpretación del Tribunal Supremo de la Disposición Adicional de la LEF

Sobre esta base la Sentencia del Tribunal Supremo fija la interpretación señalando: *“TERCERO Fijación de la interpretación de la Disposición Adicional de la Ley de Expropiación Forzosa. Todo lo expuesto lleva a considerar razonable la interpretación que se defiende por la Administración recurrente de la Disposición Adicional de la Ley de Expropiación Forzosa en la redacción dada por la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre (RCL 2012, 1763 y RCL 2013, 235), de Presupuestos Generales del Estado, en el sentido de que, sin perjuicio de la devolución del bien ocupado o la fijación de la correspondiente indemnización sustitutoria al amparo del art. 105.2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (RCL 1998, 1741), para el reconocimiento del derecho del expropiado a ser indemnizado en el caso de nulidad del expediente expropiatorio de los daños y perjuicios derivados de la actividad anulada, es preciso que se justifique la realidad del daño efectivo e indemnizable en la forma y condiciones del art. 139 de la Ley 30/92 (arts. 32 y ss Ley 40/2015).”*

Como decimos la aplicación de esta doctrina no tiene por qué suponer dejar sin protección a los supuestos en que se haya producido un daño adicional pero será necesario alegarlo y probarlo porque la doctrina jurisprudencial anterior se encuentra con el tope de la nueva ley y de que una indemnización sin justificación sobre la base del daño moral que produce la privación del bien sólo cabe en el concepto de premio de afección que ya está fijado legalmente en un 5% sin que se pueda por los Tribunales sobrepasar este porcentaje en este concepto. Así señala que *“la interpretación efectuada en la sentencia recurrida no se ajusta a la que se acaba de exponer, reconociendo una indemnización de daños y perjuicios por la ocupación ilegal, vía de hecho, cuya realidad y efectividad no se ha justificado por la parte recurrente, sin que pueda exonerarse de dicha exigencia por la presunción de daño moral o aflictivo que la Sala entiende derivado del reconocimiento legal al efecto del 5% en la fijación del justiprecio pues, además de que dicho porcentaje ya se tiene en cuenta al fijar el valor de los bienes y figura en la liquidación efectuada en la sentencia, si se pretende una indemnización más allá de la prevista en la norma, necesariamente habrá de justificarse esa mayor aflicción o daño moral cuya indemnización se pretende.”*

### H. Cuestiones que abre, o deja abiertas, esta sentencia

Por un lado se abrió una cuestión en la STJCM sobre una posible contradicción entre la Disposición Adicional de la LEF en la interpretación que pretendían los recurrentes y que finalmente el TS ha acogido y las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH en adelante. Consideraba la sala que *“interpretar esta norma en el sentido de que proscribiera en lo sucesivo la aplicación de la indemnización del 25 % por expropiación ilegal resultaría directamente contrario a la doctrina que deriva de la Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 6 octubre 2015 (Caso Pellitteri y Lupo contra Italia)”*. Es cierto que el Tribunal Supremo no ha dado respuesta a tal debate.

En apariencia, podría llegar a pensarse que dicho peligro no es real. La citada sentencia concede a tanto alzado una cantidad de 6000 euros en concepto de daño moral pero lo hace sobre la base de que el gobierno de turno niega cualquier indemnización por daño moral. Es decir que agotadas todas las vías internas el TEDH reconoce una indemnización, por cierto sensiblemente inferior a la solicitada de 180.000 euros, porque desde el punto de vista procesal no es de recibo mandarlo a que se la fijen en la jurisdicción interna, y desde el punto de vista sustantivo porque se negaba la indemnización de un daño moral sufrido consistente en el “*el sentimiento de impotencia y de frustración provocado por la desposesión ilegal de su bien,...*”. No es el supuesto exacto que se produce aquí porque la jurisprudencia del TS no dice que el daño moral derivado de la privación ilegal no deba ser indemnizado sino que debe ser alegado y probado. Por tanto en apariencia no debería suponer una contradicción con la doctrina emanada del TEDH.

Sin embargo lo cierto es que la Disposición Adicional está planteado que el daño moral que se produce sobre un ciudadano por no respetar la ley puede no existir, y no ser igual para todos los ciudadanos. Por eso no vale la aplicación del 25% automático. Si todos los ciudadanos son iguales ante la ley es lógico pensar que todos son igualmente dañados cuando no se respeta la ley en su aplicación al sujeto, y que, por tanto, no se puede entender que unos sufren un daño moral mayor que otros, ya que eso significaría tasar de manera diferente la dignidad de cada ciudadano, porque en definitiva lo que ese daño moral comporta es un daño a la condición ciudadana. En contra de esto podría argumentarse que el daño no es tanto a la condición ciudadana, en la que todos somos esencialmente iguales, sino en la conciencia ciudadana que depende de cada uno y que hace que sufran más las injusticias quienes tienen más conciencia del abuso. Esta cuestión se cierne sobre la no aplicación igualitaria de la indemnización, pero a mi modo de ver hay que ponderarla en sus justos términos. Hecha abstracción del daño moral que supone la privación coactiva ilegal, en la que existe el problema que hemos expresado para fijar diferencias, hay otros campos en que no debería haber tanta dificultad. La STJCM entiende que todo lo que se indemniza es un daño moral que viene a suponer en su concepción un premio de afección complementario, pero lo cierto es que la privación por el hecho de ser ilegal puede afectar de modo diferente a las situaciones jurídicas de cada individuo pues no está en la misma posición quien en modo alguno reacciona contra la ocupación ilegal y sólo hace valer el vicio de nulidad en el expediente de justiprecio al objeto de aumentarlo que quien verdaderamente reaccionó contra la ilegalidad en su momento, o quien no tuvo oportunidad de hacerlo por el vicio. Diferentes vicios de nulidad pueden producir diferentes daños, y los afectados pueden estar en distintas posiciones lo que justifica que haya cuantías no uniformes. Dado lo anterior, sin embargo me parece muy difícil establecer diferencias en cuanto al daño moral que supone la privación

ilegal de la propiedad entre un ciudadano y otro y por ese lado creo que queda en pie un ápice de sombra.

Otra cuestión que se plantea es que esta doctrina altera un equilibrio en materia expropiatoria que habría que calificar como perverso. Desde este punto de vista es de alabar tal cambio pero no puede dejar de advertirse que sobre este punto es posible que se genere otro equilibrio que quizá conlleve nuevos problemas. En efecto con este mecanismo se establecía un cierto equilibrio entre el ciudadano al cual se le privaba de su derecho de manera ilegal y el interés público en mantener la obra. Es un equilibrio cómodo pero perverso. No en vano se basa en partir de no reconocer a los expropiados su derecho a la devolución a cambio de una indemnización automática y relativamente importante. Pero el pago de esa indemnización no satisface el derecho de quien legítimamente quiere que se devuelva lo expropiado, y el pago de la indemnización corresponde al general de los contribuyentes, que es cierto que se aprovechan normalmente de la obra pública realizada con los terrenos usurpados, pero que no tienen ninguna relación con la producción de los vicios de nulidad que daban lugar al incremento del coste en un 25% sin ninguna repercusión sobre los gestores que han provocado la situación. En todo caso como dice la STSJCM era *“una razonable válvula de escape”* que hacía que la gran mayoría de los expropiados, no reclamaran la devolución in natura del terreno. Al haberse eliminado esta válvula de escape, el equilibrio desaparece, y será sustituido por otro.

Este nuevo equilibrio surgiría de un hipotético aumento de las peticiones de devolución in natura puesto que este será un criterio para evaluar el daño producido y habrá que analizar si hay real imposibilidad de devolución, lo cual hasta ahora es una cosa que prácticamente se da por supuesto, pero que no tiene porque ser así y que deberá dar lugar a una sólida motivación en la que habrá que ponderar el daño al interés general que produce la restitución de la obra y el que produce sobre los propietarios afectados su mantenimiento. En efecto, no es tan claro que deba prevalecer ese interés general cuando enfrente estén los intereses no de un propietario sino los de un buen número de los afectados por la expropiación en línea, máxime si la supuesta obra de interés general es por ejemplo una autopista de tan escaso uso que ha sido objeto de rescate y medidas de subvención para estimular un uso que no tiene. Como señala la propia STSJCM *“una cosa es que la devolución sea costosa o provoque trastornos y otra muy distinta que sea imposible material o legalmente, que es lo que el art. 105 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa exige para dejar sin efecto una sentencia cuyo efecto inmediato, si anula la expropiación, es dar lugar a la devolución del bien. Y si trastorno provoca que se levante una obra pública realizada, no lo provoca menos el que el Estado prive ilegalmente a sus ciudadanos de sus bienes y después no se los devuelva pese a que un tribunal así lo declare, y todo ello sin ninguna consecuencia.”*

#### 4. Conclusión

En conclusión lo que esta Sentencia del Tribunal Supremo nos pone de manifiesto es que el problema sobre las endebles garantías del interesado en el procedimiento de urgencia pueden recibir tratamiento jurisprudencial, pero que ese tratamiento ya no puede llegar a la inclusión automática del 25% en el justiprecio por ser contraria a una norma en vigor, ya que en definitiva, como sucede con toda actuación judicial su límite se encuentra en el principio de legalidad.

Relacionada con el mismo problema de que en el procedimiento de urgencia no se de una buena defensa de los derechos del expropiado se encuentra también la segunda Sentencia del Tribunal Supremo que pasamos a estudiar. Curiosamente se trata de una Sentencia de 26 de junio de 2018, muy próxima también en el tiempo a las que hemos estudiado en primer lugar, y curiosamente también se interpone frente a una sentencia dictada por el TSJCM. El ponente en este caso es el Excmo. Sr. Magistrado Herrero Pina que también fue ponente de la de 26 de abril de 2018 que se encuentra en la base de las sentencias que hemos analizado en primer lugar.

### III. SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL A LOS PROBLEMAS GENERADOS POR LA PRÁCTICA DEL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL PROCEDIMIENTO DE URGENCIA

#### **1. Fijación del problema: Garantía de alegaciones de fondo en el procedimiento de expropiación de urgencia cuando la información pública es posterior a la implícita declaración de necesaria ocupación**

En este caso el problema que se plantea es el siguiente. En el procedimiento de urgencia conforme a los artículos 52 LEF en relación con 18 y 19 LEF es posible que el trámite de información pública sea posterior a la declaración de necesidad de ocupación. Desde el punto de vista de la garantía de los derechos del expropiado se ha puesto de manifiesto las dificultades que tiene esta posibilidad para hacer reales las posibilidades de que salgan adelante alegaciones contra la necesidad de ocupación o la existencia de otros bienes más adecuados que los expropiados. La razón para ello es que el Plan que traza la infraestructura ya estaba previamente aprobado y difícilmente cabe pensar en su modificación a lo que se une que es normal que a la vez que se abre el periodo de alegaciones se cite en plazo breve de quince días para levantar el acta previa a la ocupación, lo que supone que en tan escaso tiempo no es esperable una resolución en forma de las alegaciones que quedan reducidas a una garantía ilusoria.

El TSJCM había mantenido, para evitar estos perjuicios, en sentencias anteriores que no era posible el trámite de información con posterioridad a la declaración de necesidad de ocupación y con ello, en esos casos, declaraba la nulidad del procedimiento expropiatorio y en consecuencia aumentaba indemnización en un 25% sobre el justiprecio fijado por el jurado. La razón en que se basaba para ello es que el derecho de defensa de los expropiados era ficticio porque se le obligaba a hacer alegaciones sobre un proyecto ya aprobado y por tanto sin posibilidades reales de ser acogidas. El Tribunal Supremo dictó sentencia en que sentó que la doctrina del TSJCM era contraria a derecho y que, por aplicación literal de las normas más arriba citadas, era obligado admitir la legalidad del trámite de información pública realizado con posterioridad a la declaración de necesaria ocupación. Es en esta tesitura en que la sala del TSJCM se ve de nuevo ante un caso en que se produce la invocación de nulidad de procedimiento expropiatorio por ser este posterior a la declaración de necesidad de la ocupación. Y dicta sentencia otra vez intentando proteger la garantía eficaz de unas alegaciones sobre el fondo de la expropiación.

Aunque el Tribunal dice que le es obligado acatar la doctrina del Tribunal Supremo intenta introducir un matiz, el mismo lenguaje nos adelanta ya cual será el sentido real de su decisión. En concreto señala: *“1.º.- El art. 52.1 LEF establece que en la expropiación urgente “Se entenderá cumplido el trámite de declaración de necesidad de la ocupación de los bienes que hayan de ser expropiados, según el proyecto y replanteo aprobados y los reformados posteriormente, y dará derecho a su ocupación inmediata”. En este mismo sentido se pronuncia el art. 6.2 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario. Ahora bien, según añeja jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1994, 6 de marzo de 1997 o 14 de noviembre de 2000, entre otras innumerables), eso sólo será así cuando en la tramitación del proyecto haya habido un trámite equivalente al que regulan los arts. 18, 19 y 20 de la LEF. Pues en otro caso habrá de hacerse posteriormente. Aquí debemos rectificar cualquier declaración en la que podamos haber indicado que el trámite no puede ser posterior a la aprobación del proyecto, matizándola en el sentido de que sí puede serlo, según declara el Tribunal Supremo, sin perjuicio de que manifestemos que a nuestro juicio una información pública posterior a la aprobación del proyecto tiene poco sentido real, pues enfrenta al expropiado a la carga de lograr que la Administración modifique un proyecto que ya ha aprobado, cuando lo que habría que garantizar es la posibilidad del afectado de alegar antes de que se apruebe el proyecto, participando así en la aportación de elementos para una decisión correcta. No obstante, por acatamiento a la doctrina del Tribunal Supremo, admitimos el planteamiento de la posibilidad de información pública posterior al proyecto.”*

## 2. La doctrina de la STSJCM

A continuación el TSJCM matiza su aceptación de tal doctrina. Y el matiz que establece, y que supone una variación sustancial de lo dicho por el Tribunal Supremo es el siguiente: Por un lado admite que es posible una información pública

posterior a la aprobación del proyecto que implica la declaración de interés general, y de necesaria ocupación a efectos aplicar el procedimiento de urgencia. Por otro lado, señala que, en estos casos, la información posterior lo que pone de manifiesto es que no hay una declaración de necesaria ocupación y, en consecuencia, que esta declaración debe realizarse expresamente y debe ser notificada a los expropiados para que puedan hacer alegaciones. Y ello siempre que se trate de una información pública completa, no meramente del Plan conforme a su normativa sectorial, y que además las alegaciones sean plenas y no sólo a efectos de corregir errores, pues si no fuera así, también sería nula dicha actuación.

Para llegar a esta conclusión se basa en una interpretación del derecho a notificación que la Sala había hecho valer en una sentencia anterior que había sido recurrida en casación, siendo el recurso inadmitido, lo que parece que la Sala de TSJCM quiere convertir en un forzado aval de su doctrina. Señala en concreto: *“No obstante, no es menos cierto que el Tribunal Constitucional ha considerado que art. 105 CE no reclama que la apertura de este trámite se notifique personalmente a los interesados, incluso aunque sean conocidos sus domicilios (auto del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 2016, que inadmitió una cuestión de inconstitucionalidad de esta Sala a ese respecto). Que no lo exija el art.105 no quiere decir que no pueda ser exigible por aplicación de las normas procedimentales comunes que no se conforman con la mera publicación en boletines ( art. 58 y 59 de la Ley 30/1992 ), tal como declaramos en sentencia de 15 de septiembre de 2015 (que, recurrida en interés de ley ante el Tribunal Supremo por el Abogado del Estado, ha dado lugar a sentencia del Tribunal Supremo de inadmisión de 19 de octubre de 2016, rec. 3936/2015 ); pero, en cualquier caso, esta cuestión no es objeto de alegación en el caso de autos, donde solo se invoca la falta de información pública y la falta de notificación de la declaración de necesidad de ocupación; aunque sí que el interesado se permite calificar, con toda razón, el sistema edictal de “modestísima” garantía.*

*5º.- Tras la información pública así verificada, es obligado que la Administración dicte expresamente el acto de declaración de necesidad de ocupación, según reclama el art. 18 LEF, pues la necesidad de ocupación que podía haber implicado la aprobación del proyecto según el art. 52 LEF no la implicó, como ya dijimos en el punto 1º. Tras el siguiente punto 6º justificaremos más específicamente esta afirmación.*

*6º.- Una vez dictada la resolución que declara la necesidad de ocupación, es necesario que se notifique personalmente esa resolución al interesado, según exige el art. 21 LEF. Como toda notificación, deberá ir acompañada de la indicación de los recursos procedentes (en principio, alzada, art. 22; después, recurso contencioso-administrativo, pues la prohibición a que alude el art. 22.3 ha de considerarse derogada por el art. 24 CE; prohibición que es sintomática de la época en que se dictó la ley y del nivel del respeto a las garantías jurídicas del expropiado que preside sus preceptos).*

*Los anteriores puntos 5º y 6º derivan de abundante doctrina del Tribunal Supremo que exige la notificación personal de la declaración de necesidad de ocupación (y mal podrá notificarse si no se*

*ha dictado antes): sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2000, 24 de abril de 2003, 20 de septiembre de 2006, 21 de abril de 2009, 17 de febrero de 2010 o 14 de noviembre de 2011.”*

Señalar, para no caer en equívocos, que las sentencias del Supremo citadas por la del TSJCM dicen con carácter general, como no puede ser menos, que es necesaria la notificación de la declaración de necesaria ocupación pero no se referían a los supuestos en que esta estaba implícita por haber aprobado un Plan y haberse seguido una información que permitía a las partes alegar sobre el fondo y no sólo sobre errores y que se pronunciaba sobre la información de la expropiación y no sólo sobre la información genérica del proyecto de obra pública del que se tratase. En definitiva si se me permite se estaba trayendo a colación de manera forzada una jurisprudencia que no se había pronunciado sobre este supuesto.

Sobre esta endeble base el TSJCM saca las siguientes consecuencias: “1º.- *Si no hay trámite de información pública previo a la declaración de necesidad de ocupación, dicha declaración es nula de pleno derecho y por tanto también la expropiación. Esto lo ha declarado innumerable jurisprudencia del Tribunal Supremo que no es preciso recordar. Esto incluye los casos en los que no se dé el trámite, se dé sin relación de bienes y personas afectadas, se dé sobre proyectos inconcretos o se dé con la mera posibilidad de subsanar errores.*

2º.- *Si, habiendo habido información pública, sin embargo, con posterioridad a la misma, la Administración no llega a completar el trámite de declaración de necesidad de ocupación con el dictado de una resolución...la ocupación es nula de pleno derecho...*

3º.- *Si la resolución de declaración de necesidad de ocupación sí se dicta, pero no se notifica personalmente al interesado (según reclama el art. 21 LEP y la doctrina del Tribunal Supremo ya citada más arriba) y con la debida indicación de recursos, la ocupación también es nula, con las mismas consecuencias.”*

Como corolario de lo anterior la STSJCM declaró la nulidad de procedimiento por no haberse producido la declaración de necesidad de ocupación y no haberla notificada a los expropiados tras el trámite de información pública aumentando la indemnización en un 25% por ser nula de pleno derecho.

### **3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2018. El objeto del recurso de casación**

Contra esta sentencia se alzó en casación la beneficiaria de la expropiación. En este caso la recurrente no hizo valer la Disposición Adicional introducida por la Ley 17/2012, sino que se dirige contra el núcleo de la decisión de TSJCM al señalar que se estaban añadiendo al procedimiento expropiatorio de urgencia dos trámites que no eran exigibles legalmente. Y por ello el TS al fijar el objeto del recurso de casación señaló: “*la cuestión que precisa ser esclarecida consiste en: “determinar si la apertura del trámite de*

*información pública en el procedimiento expropiatorio de urgencia con posterioridad a la aprobación del Proyecto, supone que tal aprobación ya no lleva implícita la declaración de necesidad de ocupación y debe producirse una posterior declaración y notificación personal a los afectados, cuya omisión determina la nulidad de pleno derecho del expediente expropiatorio. A cuyo efecto y en principio serán objeto de interpretación los artículos 17, 18, 20 y 52 de Ley de Expropiación Forzosa y 56 de su Reglamento, así como el artículo 6 de la Ley 39/2003 de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.”*

El Tribunal Supremo señala en primer lugar cuales deben ser las bases de la respuesta y para ello se va a la misma sentencia que invoca la STSJCM de la que hace una interpretación auténtica. Así, en relación a la sentencia de 2 de febrero de 2015, se señala que el acuerdo de necesidad de ocupación debe ser precedido del trámite de información pública en el procedimiento ordinario. Añade que en dicho trámite los afectados pueden oponerse por motivos de fondo o de forma a la necesidad de ocupación, y pueden indicar las razones por las que consideran preferente la ocupación de otros bienes o la adquisición de otros derechos distintos que no implique la expropiación de sus bienes. A continuación recoge como en los procedimientos de urgencia la jurisprudencia ha afirmado que el trámite de información pública sigue siendo necesario aunque no requiere que tenga carácter previo. Continúa recordando como este trámite *“no queda suplido por el trámite de información pública que prevén determinadas leyes sectoriales respecto del proyecto que se pretende ejecutar... cuando el trámite previsto en la ley sectorial se refiere a las características generales de la carretera proyectada, no a las concretas fincas que se deberán expropiar para su construcción; es decir, esos trámites versan sobre la oportunidad de la obra que justifica la expropiación, no sobre bienes determinados. De aquí que los afectados no puedan por esos trámites defender sus intereses de la misma manera que pueden hacerlo mediante el trámite de información pública del art. 18 LEF, que sí versa sobre la relación de bienes cuya ocupación se considera necesaria. Y por ello también se descartaba que el trámite previsto en el art. 19.2 LEF sirva para este fin, en cuanto permite sólo la corrección de errores del proyecto de obras que lleva aparejada la declaración de necesidad de ocupación, pero no permite alegar nada con respecto a la necesidad de ocupación misma.”* En definitiva el Supremo está conforme en que debe haber una garantía real y no meramente ilusoria del derecho a hacer alegaciones conforme a los artículos 18 y 19.1 LEF.

La finalidad de esta doctrina es evitar la indefensión material pero igualmente recuerda el Tribunal Supremo que la doctrina de las invalideces es meramente instrumental y no una finalidad en sí misma. Por ello si se salvaguarda el derecho del expropiado a hacer alegaciones de fondo lo esencial está cumplido. Es más el Tribunal señala como es posible que la información se haga a la vez que se convoque a los interesados al acta previa a la ocupación. Se trata de dos actos consecutivos, y lo esencial es que los interesados puedan hacer sus alegaciones. Si en ese plazo de quince días el expropiante no da respuesta a sus alegaciones estaremos ante otro vicio pero que no afectará a la declaración implícita de necesidad de ocupación. En



definitiva admitir como pretende la sentencia recurrida que si hay información con posterioridad a la aprobación del plan este no conlleva la declaración implícita de urgente ocupación y por tanto que hay que hacer una nueva declaración y notificarla es añadir al procedimiento trámites no previstos legalmente lo que está vedado a la jurisprudencia, llegando a calificar esta actuación como “interpretación creativa”. En concreto señala: *“Se declara por lo tanto la regularidad del procedimiento expropiatorio, cuya declaración de necesidad de ocupación resulta del acto de aprobación del correspondiente Proyecto, aun cuando el trámite de información pública se haya producido con posterioridad, siempre que este trámite cumpla con las exigencias establecidas en los arts. 18 y 19 de la LEF, sin que en ningún momento se haya planteado en tales sentencias que esta realización posterior del trámite de información pública prive al acto de aprobación del proyecto de tal efecto implícito de declaración de necesidad de ocupación, pues, de una parte, resultaría contrario a la propia interpretación y apreciación de validez de la información pública, que supone considerarla hábil a los efectos que la ley de atribuye respecto de la necesidad de ocupación, para entender seguidamente que su falta de realización previa priva de efectos a tal declaración de necesidad de ocupación;...y, finalmente, carece de justificación y fundamento una interpretación del procedimiento expropiatorio que lleve a su modificación, desconociendo las determinaciones establecidas por el legislador e introduciendo exigencias no previstas por el mismo. En otras palabras, la resolución de la cuestión del momento procedimental en el que ha de llevarse a cabo el trámite de información pública en los procedimientos de expropiación urgente, no se sustancia, en contra de lo sostenido por la Sala de instancia, mediante la modificación del procedimiento legalmente establecido introduciendo nuevos trámites o duplicando los existentes, que supondría una interpretación creativa que no se recoge ni desprende de la jurisprudencia de este Tribunal sobre la materia.”*

#### 4. Conclusión

En definitiva es cierto que, con carácter general, pocas veces se estiman las alegaciones de los interesados en contra de la necesidad de la ocupación, e igualmente cierto es que más improbable parece que esto salga adelante cuando a la vez que la Administración da trámite de alegaciones cita a los posibles alegantes para acta previa a la ocupación en el breve espacio de quince días. Sin embargo la respuesta jurisprudencial a este problema, una vez más, está limitada por el principio de legalidad como, una vez más, pone de manifiesto el Tribunal Supremo. Y en todo caso no sólo no se pueden inventar soluciones sino que tampoco se pueden adelantar soluciones a problemas previsibles. Si el problema es que no se da adecuada respuesta a las alegaciones habrá que impugnar el acto correspondiente y si eso lleva a que sólo sea posible tras la construcción de la obra habrá que plantearse si es posible o no deshacer la obra para restituir, pero no cabe adelantarse pensando que como no va a ser posible, de facto, restituir el bien la solución es introducir, vía jurisprudencia, dos requisitos adicionales en el procedimiento. La única vía para introducir estos requi-

sitos, u otros como exigir un plazo mayor de audiencia, o para solucionar cualquiera de los problemas que genera el procedimiento expropiatorio de urgencia pasa por la reforma de la Ley.

#### IV. EPILOGO

Retomamos en el final la reflexión inicial sobre la necesidad de abordar las deficiencias de nuestro procedimiento expropiatorio. La jurisprudencia hace su papel<sup>12</sup>, pero hay más implicados.

Es cierto que la preocupación pública, al menos la no especializada, no tiene entre sus prioridades la situación de la expropiación forzosa en España, y que en este ámbito se le están dando más transcendencia a cuestiones menores como todo lo que tiene que ver con la protección de datos y la transparencia o determinadas normas sectoriales. Es cierto incluso que la doctrina especializada no está en estos momentos centrada tampoco en el tema de la expropiación. Hasta cierto punto, con razón, pues el legislador ha parido las leyes 39 y 40, que están dando todo tipo de problemas y el tiempo que queda es para los que da la contratación pública. Sin embargo la doctrina siempre ha sabido elevar su mirada sobre la que tienen los extraños y el legislador para centrarse en temas esenciales para la dogmática como lo demuestra la creciente producción doctrinal en torno al tema de la invalidez de los actos y disposiciones.

Es hora de volver a centrarnos en la expropiación. La situación en la que se encuentran miles de españoles privados de su propiedad sin el respecto de determinados elementos esenciales del procedimiento y que esperan años, sin que sea raro que estos superen los diez, para cobrar una indemnización merece nuestra atención<sup>13</sup>. El

---

<sup>12</sup> En seguimiento de la jurisprudencia en esta materia CARRILLO DONAIRE y FONO FONCUBIERTA publican con cierta regularidad en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, REDA una detallada y especializada crónica.

<sup>13</sup> Quizás la más cruda expresión de la urgente necesidad de ocuparse de estos temas la hizo FERNÁNDEZ, T. R. (2005) al señalar que *“La expropiación forzosa es en la actualidad la vergüenza del Derecho Público español. En ninguno de los países de nuestro entorno es tan fácil privar a un ciudadano de su propiedad como en el nuestro. La declaración de utilidad pública o interés social de la causa legitimadora del ejercicio de la potestad expropiatoria se entiende hoy implícita como regla general en cualquier actuación de las Administraciones Públicas a resultas de la proliferación de Leyes sectoriales que así lo establecen, lo que ha terminado por eliminar pura y simplemente lo que la Ley general de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 calificó de auténtico presupuesto, de requisito «indispensable» de toda operación expropiatoria, calificación que hoy resulta directamente del artículo 33 de la Constitución. Otro tanto ha ocurrido con el trámite de necesidad de ocupación, que también hoy se considera implícito en la aprobación por la Administración de cualquier plan o proyecto, lo que impide a radice cualquier debate sobre la posible existencia de otras alternativas diferentes a la contemplada por aquéllos y, por supuesto, sobre la extensión del sacrificio patrimonial que en cada caso pretende imponerse. Ni el quid ni el quantum previamente decididos por la Administración pueden discutirse. A tal extremo han llegado las cosas que, en la práctica, la primera noticia que recibe —cuando la recibe— el que va a ser privado de su propiedad es una simple notificación de que tal día y a tal hora se procederá, en la oficina de la Administración que se indica, al levantamiento del acta previa a la ocupación de sus bienes*

abultado volumen de los intereses moratorios que engrosan el coste de nuestras obras públicas en cuantías inmensas merece nuestra atención. Hay que retomar el impulso que en la legislatura de 2000-2004 llevó a hacer un serio balance de las deficiencias que en el procedimiento expropiatorio se dan, y de proponer las soluciones legislativas necesarias. No aspiro a tener mucho éxito en esta labor cuando las voces más autorizadas de nuestra doctrina lo han manifestado alto y claro, sólo puedo aspirar a reavivar el eco de las voces de esos gigantes con la esperanza de que vuelva a crecer. La jurisprudencia hace su labor pero con la limitación implícita del principio de legalidad. La doctrina tiene que retomar su preocupación por el tema, y poner sobre la mesa la problemática, con la inocente esperanza de ser oídos alguna vez por el legislador. Y los gestores públicos también pueden hacer mucho en esta labor, pues como veremos, mejorar la gestión de la expropiación forzosa puede exigir reformas legales para determinadas cosas pero para otras muchas sólo exige una mayor diligencia, medios y organización. No olvidemos que el último intento de reforma de la LEF surge a consecuencia de informes de la Inspección General de Servicios y de la Intervención General del Estado que pusieron de manifiesto las deficiencias del procedimiento con el sobrecoste en concepto de intereses, siendo el Defensor del Pueblo quien más ha incidido en la disminución de garantías para el expropiado. No he hallado ningún informe del Tribunal de Cuentas, ni en el caso de Andalucía de la Cámara de Cuentas sobre esta materia. Se trata de una cuestión que afecta tanto a los derechos de los expropiados, que es la parte más lamentable, como a los aspectos financieros de las grandes obras públicas por lo que no es descartable que en algún momento se produzca un informe sobre esta materia, lo que quizá también ayudaría a poner esta cuestión en primera fila como sucedió con la cuestión de los convenios de colaboración.

Se trata de una cuestión que obviamente excede el ámbito de un epílogo en el seno de un comentario jurisprudencial y que merece cuando menos un estudio monográfico. No obstante y sin perjuicio de esa labor, a la que todos estamos convocados, sí que se pueden adelantar aquí la mención a algunos de esos otros problemas que se dan en la legislación de expropiación forzosa y que son aspectos sobre los que la jurisprudencia es menos eficaz puesto que se encuentran en el ámbito del legislador o el del gestor público. Desde este último punto de vista hay que poner de manifiesto

---

*para la ejecución de un proyecto de obras del que nunca antes de ese momento se le había dado la más mínima información. El expropiado conoce así la expropiación de la que está siendo víctima cuando ésta ya está consumada y no le queda otra cosa que discutir el justiprecio, discusión que, además, si la expropiación ha sido declarada urgente, como también es habitual, tendrá lugar una vez producida la desposesión. Esto —insisto— no ocurre en ningún país civilizado. Y no es consecuencia de la Ley general de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, ni de su Reglamento, sino del vaciamiento de las exigencias y de las garantías que aquélla y éste establecieron por las Leyes posteriores, preconstitucionales muchas de ellas ciertamente, pero también posteriores a la Constitución vigente, porque el legislador democrático no ha demostrado tener mayor sensibilidad en este punto que el antiguo Caudillo. En lo que acabo de decir no hay la más mínima exageración.”*

en que la gran mayoría de autores reconoce que muchos de los problemas de la Expropiación Forzosa no están en la propia ley sino en una aplicación práctica abusiva en contra de las garantías del administrado.

Así que con la modesta intención de perpetuar el eco de esas grandes voces que ya han ido advirtiendo sobre estos temas me atrevo a terminar enumerando sin orden ni concierto cuestiones pendientes como: la necesidad de acercar el momento de la ocupación y el pago efectivo, disminuyendo los intereses de demora y evitando situaciones de angustia en los expropiados; acabar con la lentitud de las decisiones de los jurados y comisiones de valoración, su falta de medios y de dedicación exclusiva; necesidad tomar medidas para garantizar la coordinación de sus labores aprovechando mejor los efectivos y logrando cierta homogeneidad en la valoración de las expropiaciones determinadas por grandes obras en línea; imponer, quizá, un sistema de tercer perito de designación judicial como medida para reducir la litigiosidad contra los acuerdos de los jurados y comisiones de valoración; abordar con medidas legislativas y organizativas la falta de coordinación entre la fase de planificación de la obra pública con la expropiación posterior que conlleva que esta se lleve a cabo sobre una base documental deficiente que deriva en faltas de notificaciones y consiguientes nulidades; atajar el abuso del procedimiento de urgencia; hacer efectiva la necesidad de imponer el pago con carácter previo a la ocupación, incluso en el caso del procedimiento de urgencia, o como mínimo elevar la cuantía del irrisorio depósito previo que hace que el expropiado no sólo pierda su propiedad sino que financie la obra pública, cuando no, peor aún, financie la actividad del beneficiario; afrontar la regulación de los efectos de la insolvencia del beneficiario que hasta ahora se hacen recaer en la expropiante lo que es tanto decir como que recaen en los contribuyentes; la necesidad de reducir al máximo las declaraciones implícitas de utilidad pública a efectos de urgencia y necesaria ocupación; determinar con exactitud cual es el hecho expropiatorio; fijar cuando se produce el traspaso de propiedad en el procedimiento de urgencia; la prescripción de los intereses moratorios...

Detrás de estos abstrusos temas se encuentran personas que se han enterado de que van a ser privados de sus bienes cuando los citan al acta previa de la ocupación y a veces ni eso, que esperan años para que se haga efectivo el pago, se encuentran los intereses de ciudadanos que necesitan de la pronta ejecución de la obra, los empleados públicos que ven multiplicado su trabajo, y finalmente los contribuyentes que ven como el coste de la expropiación se duplica o incluso más como consecuencia de los intereses moratorios. La propiedad es una de las bases de la libertad y la prosperidad, no hace falta ser un terrateniente para verse afectado por una expropiación de hecho son los pequeños propietarios los más afectados y los más indefensos, la preocupación por esta institución no puede ser entendida como un intento de protección de una clase privilegiada sino que por el contrario es la protección de un derecho esencial

que tiene la inmensa mayoría de la población española dueña como mínimo de su vivienda, y que en todo caso no deja de ser un derecho humano que también ha de protegerse cuando afecta a quienes más tienen pues su contribución al bien social ya se hace a través de los impuestos sin que sea pensable ni deseable que la despreocupación por esta institución provenga de la equivocada idea de que sólo afecta a ricos o que estos no merezcan, como cualquiera, la protección que la Constitución nos dispensa a todos por igual.



# 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.

**Sentencia 34/2018, de 12 de abril de 2018 (BOE de 22 de mayo).**  
**Ponente: Fernando VALDÉS DAL-RE (Conflicto entre órganos constitucionales)**

**Preceptos constitucionales: 134.5 y 134.6**

**otros:**

**Objeto:** En el conflicto entre órganos constitucionales del Estado núm. 355-2017, promovido por el Gobierno de la Nación contra el Congreso de los Diputados, en relación con el acuerdo de la Mesa de dicha Cámara, de 18 de octubre de 2016, ratificado el 20 de diciembre de 2016, sobre suspensión del calendario de implantación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa.

**Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC):** SSTC 27/181, FJ 2; 76/1992, FJ 4.a); 124/1995, FJ 3; 185/1995, FJ 3; 99/1997, FJ 1.a); 38/1999, FJ 2; 233/1999 FFJJ 7, 9 y 10.a); 107/2001, FJ 7; 203/2001, FJ 3; 177/2002, FJ 3; 227/2002, FJ5; 3/2003 FJ 4, 5, 11; 40/2003, FJ 6; 78/2006 FJ 3.a) y 4; 233/2006, FJ 5; 242/2006, FJ 4; 103/2008, FJ 5; 136/2011, FJ 4; 9/2013, FJ 3; 86/2013, F FJ J 4 y 5; 206/2013; 215/2016, FJ 6.

---

\* Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO LÓPEZ, Catedrático de Derecho Financiero. Universidad de Sevilla.

**Materias:** PGE: Competencia condicionada del Gobierno para no prestar la conformidad a enmiendas o proposiciones de ley que supongan incremento de gasto o disminución de ingresos presupuestados, es decir, correspondientes al Presupuesto en ejecución. Competencia sólo referida al momento de la ejecución de los Presupuestos no en el proceso de su aprobación.

La presente resolución persigue resolver el conflicto entre órganos constitucionales del Estado promovido por el Gobierno de la Nación contra el acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 18 de octubre de 2016, ratificado el 20 de diciembre de 2016, que rechazó la disconformidad que había expresado el Gobierno, en uso de la prerrogativa del artículo 134.6 CE, a la tramitación por el Pleno de la Cámara de la proposición de ley orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Socialista sobre la suspensión del calendario de la implantación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE). Se considera por los recurrentes que con ello el Congreso, a través de la Mesa, ha ignorado atribuciones constitucionales del Gobierno, vulnerando en consecuencia los artículos 134.6 CE y 126.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD). La Letrada de las Cortes Generales ha interesado la desestimación del presente conflicto. El Gobierno manifestó expresamente su disconformidad, a los efectos del artículo 134.6 CE, con la tramitación de la proposición de ley orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Socialista sobre la suspensión del calendario de la implantación de la Ley Orgánica 8/2013; con base en un informe del Ministerio de Educación Cultura y Deporte, el Gobierno afirmó que dicha suspensión afectaría a las previsiones de ingresos contenidas en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de PGE para 2016. La Mesa del Congreso de los Diputados rechazó la petición anterior del Gobierno y admitió a trámite la toma en consideración de la citada proposición de ley orgánica, alegando que «el criterio del Gobierno no justifica de forma objetiva y suficiente que la misma implique aumento de créditos o disminución de ingresos del Presupuesto en vigor»: el Gobierno, en defensa de la atribución propia del artículo 134.6 CE, que se considera invadida, y actuando con carácter previo a la formalización del proceso de conflicto ante el Tribunal Constitucional (art. 73.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC), dirigió un requerimiento al Congreso de los Diputados solicitando la revocación del mencionado acuerdo de la Mesa de la Cámara, al entender que con él se invadía la facultad que le confiere el artículo 134.6 CE; mediante acuerdo de Consejo de Ministros de 18 de noviembre de 2016, se remitió el requerimiento al Congreso de los Diputados a fin de que revocara el anterior acuerdo de la Mesa, de 18 de octubre de



2016; tal requerimiento fue rechazado mediante acuerdo de la Mesa de 20 de diciembre de 2016, ratificando el anterior. Considerará el TC que es preciso confirmar expresamente que la decisión impugnada, el acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 18 de octubre de 2016, se adecúa efectivamente al objeto propio del conflicto entre órganos constitucionales del Estado; Ciertamente ninguna de las partes comparecidas en este proceso ha cuestionado tal encaje en este tipo de proceso, refiriéndose los escritos respectivos a la doctrina sentada en las dos ocasiones en las que se ha examinado un proceso de esta naturaleza, que se limitan a las SSTC 45/1986 y 234/2000; sin embargo, en estas Sentencias se contiene una delimitación diferente en cuanto al objeto y alcance posibles de un conflicto entre órganos constitucionales, lo que, considerará el TC requiere precisar el mismo en relación con el presente proceso; en la primera de las dos Sentencias, la STC 45/1986, se circunscribió este tipo de conflictos a aquellos casos en los cuales se hubiera producido un acto ilegítimo por vicio de incompetencia, y no por tanto a actuaciones de la propia competencia del órgano cuya decisión se impugna que puedan hipotéticamente lesionar el ejercicio de las competencias propias de otro órgano; se afirmó entonces que «el conflicto constitucional de atribuciones es un particular y especialísimo proceso que puede entablarse exclusivamente entre los órganos constitucionales mencionados en el art. 59 LOTC y que tiene por principal objeto una vindicación de competencia suscitada por uno de estos órganos constitucionales a consecuencia de actos o decisiones de otro órgano constitucional. La vindictio potestatis solo puede referirse a actos constitutivos de invasión de atribuciones (art. 75.2 LOTC) y pretende, agotado el trámite previo de solicitud de revocación, que se determine el órgano al que corresponden las atribuciones constitucionales controvertidas y que, en consecuencia y, en su caso, se declaren nulos los actos ejecutados por invasión de atribuciones y se resuelva lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas al amparo de las mismas» (FJ 1); se hizo explícito que el ámbito posible de un conflicto de esta naturaleza tenía un alcance más restringido, de manera que «[a] diferencia de los conflictos interterritoriales en los que este Tribunal ha admitido supuestos de lesión por simple menoscabo —no por invasión— de competencias ajenas (Sentencia 11/1984), en los conflictos entre órganos constitucionales el legislador no ha admitido otro supuesto que el de la estricta usurpación de atribuciones. La razón de esta diferencia es que en los conflictos de atribuciones no se trata de preservar las esferas respectivas de soberanía y de autonomía de entes territoriales» (FJ 4); supone una matización posterior del TC su Sentencia 234/2000 en la que se resolvió el conflicto promovido por

el Gobierno contra el Senado, en relación con un acuerdo de la Mesa de dicha Cámara en virtud del cual se decidió no admitir a trámite la declaración de urgencia del Gobierno relativa a la tramitación de un proyecto de ley orgánica; quel conflicto giró en torno al concreto alcance del artículo 90.3 CE, que atribuye al Gobierno la apreciación de la urgencia en la tramitación ante el Senado de un proyecto de ley; partiendo de la doctrina ya sentada en la STC 45/1986, que de hecho se recoge expresamente (STC 234/2000, FJ 4), se consideró en todo caso en esta sentencia posterior que cabía también en un proceso de esta naturaleza un supuesto en el que el acuerdo de la Mesa «no presenta un contenido invasor en los aludidos términos de la STC 45/1986, de 17 de abril, ya que dicho órgano parlamentario no habría ejercido por sí mismo a través del referido Acuerdo la atribución que reclama el Gobierno... sino que más bien impugna una concreta actuación de la Mesa del Senado que lesiona la facultad que le confiere el art. 90.3 CE» (FJ 5); en esta controversia sólo es objeto de consideración la resolución de la Mesa concretamente impugnada, sin que proceda extender el análisis a toda la actuación de las Cámaras con respecto de una iniciativa legislativa concreta; es evidente que el acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados que aquí se impugna por el Gobierno se acomoda al objeto del conflicto entre órganos constitucionales del Estado. En este caso, el Abogado del Estado sostiene en su escrito de alegaciones que los artículos 134.6 CE y 126.2 RCD confieren al Gobierno la potestad de no prestar su conformidad a la tramitación de aquellas enmiendas o proposiciones de ley que supongan aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios; de esta manera, y de forma similar al asunto decidido en la STC 234/2000, la Mesa de la Cámara no ha reivindicado para sí la potestad contenida en el artículo 134.6 CE, que de hecho se reconoce atribuida al Ejecutivo; en definitiva, la controversia se refiere al menoscabo de la competencia del Gobierno. Considerará irrelevante el TC el dato de que la mayoría de las veces se haya aceptado el veto presupuestario del artículo 134.6 CE por parte de la Mesa, paralizándose la iniciativa en consecuencia; en primer lugar, porque estamos ante una decisión de carácter técnico, en la que no cabe hablar de uso parlamentario; en segundo lugar, porque hemos reiterado que la autonomía parlamentaria garantizada constitucionalmente (art. 72 CE) implica otorgar a los Parlamentos y, significativamente, a sus órganos rectores, un margen de aplicación en la interpretación de la legalidad parlamentaria que el TC no puede desconocer [STC 215/2016]; por ello mismo es en todo caso limitado el valor que puede otorgarse a los usos parlamentarios: «[n]o existe tampoco prescripción normativa alguna que imponga al Congreso de los Diputados la sujeción a

sus precedentes en relación con las decisiones sobre los procedimientos de tramitación de las iniciativas legislativas, de modo que cualquier iniciativa de reforma de un mismo texto legal haya de ser tramitada a través de idéntico tipo de procedimiento parlamentario, como parece pretender el recurrente. De nuevo aquí entra en juego la libertad de opción de la Cámara sobre el procedimiento a seguir dentro del abanico de posibilidades que le brinda su Reglamento» [STC 215/2016, FJ 5 c)]; en este caso, como afirma el escrito de la Letrada del Congreso, cada proposición es única y debe examinarse en conexión con el plan presupuestario del Gobierno, sin que quepa por ello calificar dicha actuación de uso parlamentario; una última precisión hará el TC en relación con el marco temporal a que se refiere el presente conflicto; se había afirmado que el impacto de la proposición de ley admitida a trámite por la Mesa, a pesar del veto ejercido por el Gobierno, no se limita al ejercicio de 2016 sino que se proyecta también sobre los presupuestos del año 2017; sin embargo, el conflicto ha tenido lugar, como ha quedado expuesto, en el ejercicio 2016, en el que los presupuestos aprobados en el Parlamento estaban aún en vigor; el Gobierno se limitó a denunciar la afectación a las previsiones de ingresos contenidas en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de presupuestos generales del Estado para el año 2016; en consecuencia será criterio del TC que el examen en esta controversia se ceñirá a la afectación que se denuncia de dicho presupuesto, y no al ejercicio de 2017, que no formó parte de la controversia suscitada. Considerará el TC que el objeto de este conflicto entre órganos constitucionales del Estado, presentaría un contenido hipotéticamente invasor, al frustrar el ejercicio de una atribución que el Gobierno considera como propia; en consecuencia, la cuestión a resolver en este proceso es si la Mesa del Congreso de los Diputados ha producido el menoscabo de una competencia exclusiva del Gobierno, impidiendo ilegítimamente el ejercicio de la potestad que le atribuye expresamente el artículo 134.6 CE; la potestad constitucional contenida en el artículo 134.6 CE se reproduce para las enmiendas a un proyecto de ley, y para las proposiciones de ley, respectivamente, en los artículos 111 y 126 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD), integrante del bloque de la constitucionalidad [SSTC 215/2016, FJ 5 b); 99/1987, FJ 1 a), y 103/2008, FJ 5]; en el Reglamento no se prevé, sin embargo, ninguna regla adicional en relación con el procedimiento a seguir, limitándose la norma a establecer la exigencia de que, una vez ejercitada la iniciativa y publicada, la Mesa remita la misma al Gobierno «para que manifieste su criterio respecto a la toma en consideración, así como su conformidad o no a la tramitación si implicara aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios» (art. 126.2 RCD); tampoco se delimita en el bloque de la

constitucionalidad el tipo de control que puede realizar la Mesa una vez que el Gobierno se ha pronunciado acerca de la iniciativa parlamentaria; esta es la primera ocasión en la que debe abordarse la interpretación del artículo 134.6 CE en el marco de un conflicto entre órganos constitucionales; sin embargo, nos hemos referido ya a las disposiciones similares que están previstas en los Estatutos de Autonomía de Extremadura y del País Vasco, en las controversias resueltas en las SSTC 223/2006 y 242/2006 cuya doctrina es, de forma sintética, la siguiente: a) en la STC 223/2006, se estimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura, que atribuía al Pleno de este órgano la facultad de decidir si se daba o no el supuesto de hecho contemplado en el artículo 60 b) (EAE), de idéntico contenido al artículo 134.6 CE; tras recordar el papel de los presupuestos como vehículo de dirección de la política económica del Ejecutivo e instrumento fundamental para la realización de su programa de gobierno (STC 223/2006, FJ 5; con cita de las SSTC 27/1981, FJ 2; 76/1992, y 3/2003, FJ 4), se precisa que el fundamento de la exigencia de conformidad radica en que el Ejecutivo no vea dificultada la ejecución del presupuesto, de modo que «el Gobierno puede pretender legítimamente que las previsiones económicas en él contenidas se observen rigurosamente en el curso de su ejecución» (FJ 5); en consecuencia, la potestad del Gobierno se ciñe, en todo caso, al mismo ejercicio presupuestario, «debiendo ejercerse de manera expresa y motivada» (FJ 5), teniendo en cuenta su finalidad, que radica en que una vez aprobado el presupuesto y durante su ejecución «no pueden, sin el consentimiento del Ejecutivo, plantearse iniciativas que alteren el equilibrio de los presupuestos» (FJ 6); en tanto que potestad del Ejecutivo, la oportunidad de su ejercicio no puede, con carácter general, ser controlada por el Parlamento, pues su papel se debe limitar a su calificación técnico-jurídica, a través de sus órganos rectores; en la STC 223/2006 se declaró inconstitucional la reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura, ya que con ella se pretendía privar al Ejecutivo de la facultad de veto que le atribuye el Estatuto de Autonomía de Extremadura, sometiendo su ejercicio «a una condición que no puede deducirse del texto del propio Estatuto: la de que, en caso de la producción de una discrepancia sobre si una enmienda o proposición de ley afecta al equilibrio presupuestario, será el Pleno de la Cámara quien la resuelva»; por tanto «[l]a reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura lleva, en el punto ahora examinado, pura y simplemente a privar al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura de la facultad que tiene reconocida en el art. 60 b) EAE, facultad que viene justificada como consecuencia de la asunción de los principios básicos del llamado

«parlamentarismo racionalizado» por parte tanto del Texto constitucional español como de los Estatutos de las diferentes Comunidades Autónomas» (FJ 6); b) en la STC 242/2006 se resolvió un recurso de amparo parlamentario contra el acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco que había inadmitido a trámite una proposición de ley precisamente a consecuencia de que el Ejecutivo autonómico rechazó otorgar la conformidad a su tramitación, al considerar que la iniciativa suponía una disminución de los ingresos presupuestarios, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 105.2 del Reglamento del Parlamento Vasco, de contenido similar al artículo 126.2 del RCD; en esta Sentencia se examinan tanto el ejercicio de esta potestad del Gobierno como el concreto papel que correspondería a la Mesa de la Cámara en este tipo de supuestos, teniendo en cuenta la doctrina reiterada sobre la incidencia de los acuerdos de las Mesas desde la perspectiva del derecho fundamental que el artículo 23.2 CE reconoce a los parlamentarios para «ejercer las facultades inherentes al núcleo de su función representativa de acuerdo con lo previsto en dicha normativa y en condiciones de igualdad» [FJ 4, con cita de, entre otras, SSTC 177/2002, FJ 3; 40/2003, FJ 2 b), y 78/2006, FJ 3 a)]; en la STC 242/2006 se hace hincapié en que el Reglamento del Parlamento Vasco contiene una previsión expresa acerca del papel de la Mesa, que le otorga «cierto margen de interpretación sobre cuándo puede considerarse que dicho impacto se produce», y sin que en todo caso se precise cuál es este margen concreto; «[s]in que sea éste el momento de pronunciarse sobre la intensidad con que la Mesa debe controlar cada uno de estos extremos, lo que debe destacarse ahora es que no debe descartarse de antemano que los órganos rectores del Parlamento puedan vulnerar los arts. 23.2 y 23.1 CE al inadmitir a trámite una proposición de Ley como consecuencia del ejercicio de dicha facultad por parte del Gobierno. Igualmente, tampoco es posible atribuir a toda decisión de este tipo una usurpación de una facultad que corresponde en exclusiva al Gobierno. Y ello no sólo por la propia existencia del art. 42 LOTC, sino porque... la Mesa también debe ejercer su función genérica de calificación respecto a los documentos de índole parlamentaria remitidos por el Gobierno» (FJ 3); destacará el TC que las Mesas llevan a cabo un control reglado, de manera que «cumplen la función jurídico-técnica de ordenar y racionalizar el funcionamiento de las Cámaras para su mayor eficiencia como foro de debate y participación de la cosa pública» (FJ 4, con cita de otras); a partir de la autonomía parlamentaria garantizada constitucionalmente (art. 72 CE), así como de la propia naturaleza del artículo 23.2 CE como derecho de configuración legal, los Parlamentos, y en particular sus órganos rectores, disponen de «un margen de aplicación en la interpretación de la legalidad

parlamentaria que este Tribunal no puede desconocer», de modo que en estos procedimientos el control no sólo se realiza desde la perspectiva de los derechos fundamentales, si bien empleando «un parámetro de control que tiene muy en cuenta la naturaleza de las Mesas de los Parlamentos y las funciones que desarrollan» (FJ 4); considerará el TC que en tal caso, en el que está en liza tal derecho fundamental, a la Mesa le corresponde verificar la regularidad jurídica y la viabilidad procesal de las iniciativas, examinando si las mismas cumplen los requisitos formales exigidos por la norma reglamentaria; sólo en aquellos casos en los que la legalidad aplicable no imponga límite material alguno a la iniciativa, «la verificación de su admisibilidad ha de ser siempre formal, cuidando únicamente la Mesa de que la iniciativa en cuestión cumpla con los requisitos de forma que le exige esa legalidad» [FJ 4, con cita de, entre otras, las SSTC 40/2003, FJ 2, y 78/2006, FJ 3 a)]; en todo caso, la decisión que adopte la Mesa de la Cámara ha de ser motivada, en concreto, cuando se trate de inadmitir una iniciativa parlamentaria se recuerda que, «dado que las decisiones de inadmisión de tales escritos y documentos pueden implicar una limitación del derecho a ejercer la función parlamentaria y, con él, del derecho de participación ciudadana, también hemos exigido que las mismas estén formal y materialmente motivadas, a fin de que tras ellas no se esconda un juicio sobre la oportunidad política, en los casos en que ese juicio esté atribuido a la Cámara parlamentaria en el correspondiente trámite de toma en consideración o en el debate plenario» (FJ 4, con cita de las SSTC 38/1999, FJ 2; 107/2001, FJ 7; 203/2001, FJ 3; 227/2002, FJ 5, y 40/2003, FJ 6, entre otras); será criterio del TC que lo relevante acerca de esta motivación es precisamente el control de la decisión de la Mesa (FJ 5); si la decisión de la Mesa es la inadmisión de una proposición de ley por su afectación a los ingresos y gastos presupuestados, la misma implica una limitación del ius in officium protegido constitucionalmente, por ser las proposiciones de ley no solo una forma de participación de los parlamentarios en la potestad legislativa de las Cámaras parlamentarias, sino también «un cauce instrumental al servicio de la función representativa característica de todo Parlamento, operando como un instrumento eficaz en manos de los distintos grupos políticos que integran el Pleno de la Cámara, y que les permite obligar a que éste se pronuncie acerca de la oportunidad de la iniciativa presentada» (FJ 5; con cita de la STC 124/1995, FJ 3); señalará la decisión del TC que se trae a consideración que la facultad del Gobierno, «se encuentra sometida a un régimen jurídico que integra elementos formales, como el plazo en que el Gobierno debe manifestar su disconformidad, y elementos materiales, tales como la propia concurrencia de su presupuesto

de hecho (en nuestro caso, que la iniciativa parlamentaria en cuestión implique una disminución de los ingresos presupuestarios)» (FJ 6); se añade, a renglón seguido, que, si bien la propia normativa aplicable limita la conformidad del Gobierno a la concurrencia de un requisito material como es la disminución de los ingresos o el aumento de los créditos presupuestarios, lo que «abre las puertas a un control desde la perspectiva de la proporcionalidad y la razonabilidad», sin embargo «en este contexto es evidente que tanto la Mesa del Parlamento como este Tribunal deben limitarse a un control de una menor intensidad. Así, y sin que ello signifique renunciar a controlar otros aspectos objetivos como la presentación en tiempo y forma de la disconformidad del Gobierno, la Mesa del Parlamento no debe obstaculizar el ejercicio de esta facultad», si bien se añade que, «[e]n un caso como el presente, que se refiere a una disconformidad del Gobierno respecto a la tramitación de una proposición de Ley, y que se da en una Comunidad Autónoma que prevé algunas reglas adicionales sobre cuándo puede entenderse que se produce una alteración de las previsiones presupuestarias, es posible un pronunciamiento de la Mesa sobre el carácter manifiestamente infundado del criterio del Gobierno» (FJ 6); será conclusión del TC, en aquella ocasión, que la decisión de la Mesa de inadmitir la proposición de ley, no había producido la vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 23.2 y 23.1 CE a los parlamentarios; las partes personadas en este conflicto coinciden en que la doctrina sentada en las SSTC 223/2006, y 242/2006, resulta de aplicación para resolver el presente conflicto; asimismo expresan además coincidencia en que la Mesa de la Cámara, sin perjuicio de comprobar que se ha dado cumplimiento a los requisitos formales, puede examinar la motivación del Gobierno, limitándose tal control al carácter no arbitrario o manifiestamente irrazonable de la motivación, y sin que pueda la Mesa emitir un juicio sobre la oportunidad política del veto expresado por el Gobierno, pues con ello estaría sustituyendo al Gobierno en el ejercicio de su prerrogativa constitucionalmente establecida, que guarda conexión directa con la propia ejecución del programa económico aprobado con la Ley de presupuestos; las partes comparecidas en este proceso no discrepan de las funciones que constitucionalmente corresponden al Gobierno y a la Mesa, sino del concreto ejercicio de las potestades ejercidas por la Mesa en el acuerdo impugnado, que consideró injustificada la afectación a los ingresos presupuestarios de la proposición de ley controvertida; no obstante dicha coincidencia de las partes, será doctrina del TC que la doctrina sentada en las dos Sentencias citadas, que se ha expuesto sucintamente, resulta por sí misma insuficiente para resolver el conflicto que aquí se plantea; sucintamente por una razón

procesal: las controversias se referían, respectivamente, a un recurso de inconstitucionalidad y a un recurso de amparo, procesos diferentes del que ahora se ocupa el TC; en concreto, y debido al tipo de cuestiones a que se debía dar respuesta en uno y otro supuesto, no resultó necesario precisar ni el concreto alcance de la potestad del Gobierno derivada del artículo 134.6 CE, el denominado «veto presupuestario», ni tampoco el alcance de las potestades de la Mesa de la Cámara una vez que el Gobierno ha hecho uso de esta potestad. Por tanto, para resolver el conflicto de atribuciones que aquí se plantea, es criterio del TC que es necesario concretar con mayor precisión los contornos de la potestad del artículo 134.6 CE, partiendo para ello de la doctrina sobre el reparto de competencias presupuestarias entre el Ejecutivo y el Legislativo que se refleja en el artículo 134 CE. Será criterio del Tc que este conflicto refleja con nitidez el sistema de contrapoderes que se proyecta sobre el presupuesto en nuestro sistema parlamentario, concretado en el artículo 134 CE; la Ley de presupuestos es una norma singular por su vinculación inmediata con la propia función del Gobierno, a quien corresponde la dirección y orientación de la política económica, como se afirmó tempranamente en la STC 27/1981, FJ 2, y se reiteró después en numerosas ocasiones [por todas, SSTC 76/1992, de FJ 4 a); 223/2006, FJ 5, y 206/2013,]; la citada singularidad se refleja en el propio artículo 134 CE que, entre otras cosas, atribuye en exclusiva al Gobierno la iniciativa parlamentaria en materia presupuestaria mediante el proyecto de ley de presupuestos, norma que, como se ha recordado en numerosas ocasiones, debe precisamente ceñirse al contenido específico que le es propio y al que está reservada [STC 76/1992, FJ 4 a); doctrina reiterada, entre otras muchas, en las SSTC 9/2013, FJ 3; 86/2013, FFJJ 4 y 5, y 206/2013,]; por su parte, el artículo 134 CE atribuye en exclusiva al Parlamento la aprobación de dicha ley, sentando así el principio de legalidad presupuestaria («corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales, su examen, enmienda y aprobación», art. 134.1 CE); será criterio del TC que es este reparto de poderes lo que hace de la Ley de presupuestos una norma singular, según se refleja en su propio contenido acotado, tanto positivamente, pues debe incluir «la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal» y consignar «el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado» (art. 134.2 CE), como negativamente, con las limitaciones específicas relativas a la materia tributaria del artículo 134.7 CE, así como, en general, a la interdicción de incluir en la Ley materias no directamente vinculadas al presupuesto; la iniciativa corresponderá, en exclusiva, al Ejecutivo, que controla igualmente las cifras generales del documento presupuestario, —artículo 134.1, 5 y 6



CE— lo que a su vez fundamenta y justifica las restricciones al contenido posible de la Ley de presupuestos. la ejecución del presupuesto corresponde igualmente, en exclusiva, al Ejecutivo; este papel preponderante del Gobierno en el Presupuesto es común a todos los Estados de nuestro entorno, sin que ello implique sin embargo un desplazamiento de los Parlamentos, cuya participación resulta imprescindible en la aprobación del Presupuesto y, más recientemente, en la del objetivo de estabilidad presupuestaria que debe someterse a consideración de las Cortes Generales; debido a su naturaleza de ley temporal, la autorización del Parlamento tiene un plazo de vigencia constitucionalmente limitado, de acuerdo con el denominado principio de anualidad que recoge el artículo 134.2 CE (STC 3/2003, FJ 5; 32/2000, de 3 de febrero, FJ 2; 109/2001, de 26 de abril, FJ 5, y 67/2002, de 21 de marzo FJ 3), y sin perjuicio de la posibilidad de que esa vigencia resulte temporalmente prorrogada en el supuesto de que «la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente» (art. 134.4 CE); estas singularidades de la Ley de presupuestos generales del Estado implican una relación de competencia con el resto de leyes ordinarias: «la relación entre la ley de presupuestos generales del Estado y las restantes leyes ordinarias, entre las que se cuenta la ley impugnada, se desenvuelve en términos del principio de competencia. La ley de presupuestos generales del Estado es una norma directamente vinculada a la Constitución que le ha encomendado una regulación en términos exclusivos por lo que su contenido queda fuera del alcance de cualquier otra norma jurídica. Estamos, pues, en presencia de una norma cuya posición en el actual sistema de fuentes del Derecho se explica con el criterio de la competencia» (STC 136/2011, FJ 4); una vez aprobados los presupuestos, el Gobierno puede incidir de forma directa sobre el volumen del gasto público autorizado e ingresos estimados, bien de forma positiva, presentando proyectos de ley con incidencia en el mismo (art. 134.5 CE), bien de forma negativa, no prestando su conformidad a proposiciones o enmiendas que supongan una alteración del mismo (art. 134.6 CE); estas potestades, exclusivas del Gobierno, no se proyectan sobre cualquier norma, sino que se encuentran lógicamente vinculadas al presupuesto objeto de aprobación por el Parlamento, y por ello mismo sujetas a los límites expuestos en el artículo 134 CE, a cuyo apartado quinto alude la STC 3/2003, en la que se recuerda que el presupuesto «constituye la institución en que históricamente se han plasmado las luchas políticas de las representaciones del pueblo (Cortes, Parlamentos o Asambleas) para conquistar el derecho a fiscalizar y controlar el ejercicio del poder financiero: primero, respecto de la potestad de aprobar los tributos e impuestos; y después, para controlar la administración de los ingresos y la distribución de

los gastos públicos» (STC 3/2003, FJ 5), lo que encuentra su reflejo directo en el principio de legalidad en los ingresos y en el gasto público [SSTC 185/1995, FJ 3; 233/1999, FFJJ 7, 9 y 10 a), y 3/2003, FJ 4]; recordará el TC que sobre la regla del artículo 134.5 CE, ha afirmado que, aunque el propio texto constitucional prevé expresamente la posibilidad de que el Parlamento modifique los presupuestos, debido a la propia naturaleza, contenido y función que cumple la Ley de presupuestos, «el citado artículo 134.5 CE no permite que cualquier norma modifique, sin límite alguno, la autorización por el Parlamento de la cuantía máxima y el destino de los gastos que dicha ley establece. Por el contrario, la alteración de esa habilitación y, en definitiva, del programa político y económico anual del Gobierno que el presupuesto representa, sólo puede llevarse a cabo en supuestos excepcionales, concretamente cuando se trate de un gasto inaplazable provocado por una circunstancia sobrevenida. Admitir lo contrario, esto es, la alteración indiscriminada de las previsiones contenidas en la Ley de presupuestos por cualquier norma, supondría tanto como anular las exigencias de unidad y universalidad presupuestarias contenidas en el art. 134.2 CE» (STC 3/2003, FJ 5); consecuencia de lo anterior, como afirma la posterior STC 136/2011, al abordar el problema de las denominadas «leyes de acompañamiento», es que «una ley ordinaria que, no respondiendo a la previsión del art. 134.5 CE, tenga como objeto el contenido reservado a la ley de Presupuestos por el art. 134.2 CE incurrirá en vicio de inconstitucionalidad, no por contradecir la ley del mismo rango, sino por invadir una materia que constitucionalmente le ha sido vedada al estar atribuida privativamente por el propio texto constitucional a otra disposición normativa, en concreto, a la ley de presupuestos generales del Estado» (STC 136/2011, FJ 4); tal razonamiento llevó entonces a negar naturaleza presupuestaria a una ley de acompañamiento, a la que en consecuencia no le serían aplicables las limitaciones del artículo 134 CE; con el mismo razonamiento, también se declaró la inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento Vasco 1/2002, de 23 de enero, por arrogarse una función que estaba reservada a la Ley de presupuestos (STC 3/2003, FJ 11); será evidente para el TC que esta misma relación de competencia a que se ha hecho referencia, encuentra reflejo específico en la regla del artículo 134.6 CE, de manera que la conformidad que debe prestar el Gobierno se refiere a la incidencia de una iniciativa del Parlamento sobre el presupuesto mismo, pues su fin, como ha quedado razonado, es salvaguardar la autorización ya obtenida por el Ejecutivo del Legislativo sobre el volumen de ingresos y gastos públicos, permitiendo así que el primero pueda desarrollar plenamente sus potestades sobre la ejecución del gasto, y, en suma, su propia acción de Gobierno (art. 97 CE).

Por ello, aunque el denominado «veto presupuestario» sea un reflejo de la confianza otorgada por la Cámara, que no podrá después, yendo contra sus propios actos, retirar de forma indirecta por la vía de una iniciativa parlamentaria, lo determinante para su régimen jurídico es la propia función instrumental que el presupuesto cumple al servicio de la acción del Gobierno. Teniendo en cuenta las precisiones que el TC acaba de realizar, constatará, en primer lugar, en cuanto a su alcance objetivo, que al Ejecutivo no sólo le está constitucionalmente atribuida, en exclusiva, la iniciativa parlamentaria presupuestaria, sino también el control sobre su reforma; de esta manera, una vez que se han aprobado los PGE, el Gobierno está constitucionalmente habilitado para presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos «correspondientes al mismo ejercicio presupuestario» (art. 134.5 CE); en correspondencia con ello, el Gobierno tiene la potestad de prestar su conformidad, o bien vetar, toda aquella proposición o enmienda «que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios» (art. 134.6 CE); pues bien, si las limitaciones que desde la Constitución condicionan el alcance material y temporal sólo son aplicables a la Ley de presupuestos en sentido estricto, igualmente la limitación que al poder legislativo del Parlamento establece el artículo 134.6 CE sólo es predicable de medidas que incidan directamente sobre el presupuesto aprobado, esto es, sobre «los gastos e ingresos del sector público estatal» (art. 134.2 CE); en ambos casos, la propia literalidad de la norma constitucional ciñe dicha potestad del Gobierno a los ingresos y gastos que estén efectivamente reflejados en el mismo presupuesto; lógicamente, razonará el TC rara vez las iniciativas parlamentarias serán enteramente neutrales en relación con las cuentas públicas, de modo que cualquier propuesta de medida legislativa es susceptible de tener un impacto sobre el volumen de los ingresos y gastos públicos, siquiera de forma hipotética o indirecta o, en todo caso, un impacto económico sobre alguna política pública; la prerrogativa del Ejecutivo a que se refiere el artículo 134.6 CE, cuyo efecto limitador de la actividad misma del Legislativo es evidente, se ciñe a aquellas medidas cuya incidencia sobre el presupuesto del Estado sea real y efectiva; lo contrario supondría una interpretación extensiva de los límites contenidos en el artículo 134 CE, que hemos reiterado que se refieren sólo al presupuesto (por todas, STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 11); en segundo lugar, debe además precisarse el alcance temporal del veto presupuestario: para ello, debe de nuevo partirse de que las facultades del artículo 134.5 y 6 CE están lógicamente vinculadas con el propio carácter anual del presupuesto, y tienen como finalidad salvaguardar la disposición del Gobierno sobre su propio plan económico, una vez autorizado por el

Parlamento; por ello, la Ley de presupuestos, cumple anualmente la función de «vehículo de dirección y orientación de la política económica», que se ha reiterado que corresponde exclusivamente al Gobierno; lo relevante, a los efectos del régimen jurídico del artículo 134.6 CE, es que la conformidad del Gobierno ha de referirse siempre al presupuesto en vigor en cada momento, en coherencia con el propio principio de anualidad contenido en el mismo artículo, entendiendo por tal tanto el autorizado expresamente como incluso el que ha sido objeto de prórroga presupuestaria (art. 134.4 CE), pues no por ello deja de cumplir la función esencial de vehículo de dirección y orientación de la política económica del Gobierno; desde luego, no puede obviarse, como se afirmó en la STC 242/2006, que la potestad gubernamental ex artículo 134.6 CE «se basa en la confianza concedida al Gobierno a través de la aprobación del presupuesto para ejecutar su programa anual de política económica sin que éste sea desnaturalizado a través de iniciativas legislativas parlamentarias»; esa potestad impide al Parlamento actuar contra sus propios actos, soslayando así la autorización que inicialmente prestó; pero lo determinante es la función misma que cumple el presupuesto como herramienta para el desempeño de la labor que constitucionalmente le está atribuida al Gobierno en el artículo 97 CE; por ello, en suma, la función del artículo 134.6 CE es salvaguardar la propia función del presupuesto; de ahí que la potestad contenida en el artículo 134.6 CE deba entenderse como un mecanismo que consiente al Gobierno defender su legítimo ámbito de actuación constitucionalmente previsto; consecuencia de lo anterior es que el veto presupuestario no podrá ejercerse por relación a presupuestos futuros, que aún no han sido elaborados por el Gobierno ni sometidos por tanto al proceso de aprobación regulado en el artículo 134 CE.; ciertamente todo presupuesto está lógica y temporalmente conectado con las cuentas públicas aprobadas en ejercicios anteriores, y con las que se prevé elaborar para los ejercicios futuros, lo que encuentra su reflejo más evidente en los denominados «escenarios presupuestarios plurianuales» a que se refiere la LGP, de acuerdo con los principios y reglas de programación presupuestaria (arts. 26 y ss. LGP); sin embargo, tal conexión plurianual no desnaturaliza el carácter anual del presupuesto, por lo que el ejercicio de la potestad del artículo 134.6 CE se restringe, igualmente, a la afectación de una medida al presupuesto del ejercicio en curso; en relación con la motivación del Gobierno, el artículo 126 RCD se limita a exigir que con su respuesta indique la «conformidad o no a la tramitación si implicara aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios» (art. 126.2 RCD), lo que deberá hacerse mediante una respuesta expresa (art. 126.3 RCD); razonará el TC: de acuerdo con la literalidad del artículo 134 CE, y con el sistema de reparto de competencias

que el mismo refleja, ya se ha hecho notar que el Gobierno podrá oponerse sólo en aquellos casos en los cuales la medida propuesta, enmienda o proposición, incida directamente en el citado presupuesto; la motivación del Gobierno debe expresar tal incidencia, precisando las concretas partidas presupuestarias que se verían afectadas, y teniendo en cuenta que su eventual no conformidad, esto es, el veto presupuestario, tiene una incidencia directa sobre la propia función del Legislativo; de esta manera, y como se afirmó desde la perspectiva de los derechos fundamentales del artículo 23 CE, aunque en relación con las decisiones de inadmisión de escritos y documentos parlamentarios por parte de la Mesa, dado que éstas «pueden implicar una limitación del derecho a ejercer la función parlamentaria y, con él, del derecho de participación ciudadana, también hemos exigido que las mismas estén formal y materialmente motivadas, a fin de que tras ellas no se esconda un juicio sobre la oportunidad política, en los casos en que ese juicio esté atribuido a la Cámara parlamentaria en el correspondiente trámite de toma en consideración o en el debate plenario» (STC 242/2006, FJ 4); lógicamente, el Gobierno, y siempre de acuerdo con el principio de lealtad institucional, dispone en todo caso de un amplio margen de apreciación en su estimación de si se afecta o no, y en qué medida, a los ingresos y gastos de su presupuesto; para poder encontrar encaje en la potestad del artículo 134.6 CE bastará con que la motivación del Gobierno precise adecuadamente los concretos créditos que se verían directamente afectados, de entre los contenidos en el presupuesto en vigor, habida cuenta que es éste el que cumple en cada momento su función instrumental a la propia acción de Gobierno (art. 97 CE); la potestad del Gobierno, en suma, tiene, como se ha reiterado, la función esencial de salvaguardar el propio plan presupuestario; esto es, el contenido mínimo, necesario e indisponible de toda ley de presupuestos, que está constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos; en consecuencia, la misma se vincula y ciñe a los casos en los cuales una proposición de ley tenga incidencia directa e inmediata en el plan presupuestario en vigor, lo que significa, como deriva de la propia literalidad del artículo 134.6 CE, que implique razonablemente un incremento de los créditos o una disminución de los ingresos en el mismo ejercicio presupuestario; en cuanto al procedimiento, los artículos 134.6 CE y 126.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados se limitan, como se ha constatado ya, a establecer la necesidad de que el Gobierno manifieste su conformidad a la tramitación de aquéllas iniciativas parlamentarias que implicaran aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios; el Reglamento del Congreso de los Diputados no establece reglas adicionales sobre cuándo puede entenderse que se produce una

alteración de las previsiones presupuestarias. sin embargo, ello no impide un pronunciamiento de la Mesa sobre el carácter manifiestamente infundado del criterio del Gobierno, siempre y cuando resulte evidente, a la luz de la propia motivación aportada por éste, que no se ha justificado la afectación de la iniciativa a los ingresos y gastos contenidos en el propio presupuesto que, en cada ejercicio, cumple la función instrumental a la propia acción de Gobierno; en suma, con independencia del tipo de iniciativa o proceso parlamentario, corresponde a este órgano de la Cámara ejercer una limitada función de calificación del criterio del Gobierno, como parte de su función genérica de calificación en relación con los documentos de índole parlamentaria que le remita el Gobierno; tal función de la Mesa tiene en todo caso carácter jurídico-técnico, no respondiendo en ningún caso a criterios de oportunidad política; traerá en apoyo de su argumentación el TC lo argumentado en otro tipo de procesos, con una doctrina que considera trasladable al presente conflicto, corresponde a las Mesas de las Cámaras ejercer el control sobre la regularidad de los escritos y documentos parlamentarios, de modo que los órganos rectores «cumplen la función jurídico-técnica de ordenar y racionalizar el funcionamiento de las Cámaras para su mayor eficiencia como foro de debate y participación de la cosa pública» [STC 242/2006, FJ 4; con cita de las SSTC 38/1999, FJ 3; 203/2001, FJ 3; 40/2003, FJ 2 b), y 78/2006, FJ 3 a)] a partir de la citada función de control del trabajo parlamentario, la Mesa podrá rechazar la falta de conformidad del Ejecutivo en aquellos casos en los cuáles el Gobierno no haya concretado la afectación al presupuesto; en dicho examen, la Mesa no puede sustituir la apreciación del Gobierno, sin que tampoco deba, como regla general, obstaculizar el ejercicio de la facultad del Gobierno (STC 242/2006, FJ 6), pues del mismo modo que se ha reiterado que la Mesa ha de velar por los derechos fundamentales de los parlamentarios, derivados del artículo 23 CE (por todas, con cita de otras, STC 11/2017, FJ 5), en este caso su actuación debe salvaguardar, además y al mismo tiempo, la competencia que, en exclusiva, atribuye el artículo 134.6 CE al Gobierno, de acuerdo con el principio de lealtad institucional que ha de presidir las relaciones entre órganos constitucionales; a partir de la doctrina expuesta sobre la función del presupuesto, el tipo de control que la Mesa debe ejercer ha de ceñirse a comprobar que el veto ejercido es efectivamente de índole presupuestaria, de manera que encuentra encaje en los contornos del artículo 134.6 CE; la Mesa debe verificar la motivación aportada por el Gobierno, pero sin que le corresponda sustituir al mismo en el enjuiciamiento del impacto, sino tan sólo constatar que el mismo es real y efectivo, y no una mera hipótesis; en suma, el objeto de este examen no es otro que constatar que se ha justificado

por el Gobierno el cumplimiento de los requisitos, ya expuestos, del artículo 134.6 CE, en cuanto al objeto y el alcance temporal, y que por tanto concurre efectivamente el requisito material contenido en la norma constitucional, esto es, la disminución de los ingresos o el aumento de los créditos presupuestarios; por lo que se refiere al fondo del conflicto de atribuciones a partir de las consideraciones ya expuestas; como se ha hecho constar en los antecedentes, y se ha recogido también en los fundamentos anteriores, las partes personadas en este pleito no discrepan acerca del papel que a la Mesa corresponde en el control del citado veto presupuestario, sino en su ejercicio concreto en este caso; en efecto, según se desprende de los escritos del Abogado del Estado y la Letrada del Congreso de los Diputados, ambos coinciden en señalar que la facultad del Ejecutivo prevista en el artículo 134.6 CE se encuentra limitada al mismo ejercicio presupuestario y debe hacerse valer de manera expresa y motivada, pudiendo dicha motivación ser examinada por la Mesa; es evidente que, en este tipo de procesos, el Tribunal no puede sustituir ni la apreciación del Gobierno acerca de la afectación al presupuesto, ni tampoco la calificación de la medida que lleva a cabo la Mesa de la Cámara; tan sólo corresponde determinar si el rechazo al veto del Gobierno ha producido el menoscabo de la competencia que a éste le otorga el artículo 134.6 CE, para ello, resulta necesario examinar tanto la motivación exteriorizada por el Gobierno al invocar la potestad del artículo 134.6 CE, como la expresada por la resolución de la Mesa objeto de este conflicto; el Gobierno expresó su rechazo a la iniciativa parlamentaria al entender que la proposición de ley afecta a los presupuestos para 2016 en vigor en el momento de presentación del conflicto; dicho rechazo, comunicado a la Cámara mediante escrito de 14 de octubre de 2016, se motiva mediante un informe del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, que se adjunta al expediente; de acuerdo con dicho informe, la implantación de la LOMCE ha sido objeto de financiación específica por el Gobierno mediante el «Programa Operativo Empleo, Formación y Educación 2014-2020», cofinanciado por el fondo social europeo que, de acuerdo con los datos que se aportan, supondría una financiación del 63,78 por 100 de dicho programa; así, de una financiación total de 964.149.503,55 €, prevista para los ejercicios 2014-2017, el Gobierno, a través del Ministerio de Educación, asumiría el pago de 349.187.525,56, mientras que el fondo social europeo financiaría el resto (614.961.977,98 €); la parte del programa financiada por el Ministerio sería, en todo caso, transferida a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el reparto que se detalla en el informe; tras exponer las distintas fases del calendario de implantación de la LOMCE, concreta las consecuencias financieras «más graves y que suponen

un impacto presupuestario negativo para el Estado» en la posible pérdida de la financiación del Fondo Social Europeo, toda vez que «la Comisión europea podría considerar que España no cumple las condiciones del programa y retirar total o parcialmente su financiación, por lo que se produciría una pérdida de ingresos para España de hasta 614.961.977,98 euros, devengados en 2016 y recaerían sobre el Estado estas obligaciones de gasto no previstas por importe de hasta 614.961.977,98 euros, por motivo de la pérdida de ingresos»; se concluye así que la derogación o paralización de la LOMCE implica «muy probablemente la pérdida total o parcial de los fondos prevista a partir del curso en que ésta se implante, dado que no se cumplirían en la forma programada y autorizada por la UE las medidas previstas»; añadiéndose que «ello abre la incógnita de un nuevo y futuro proceso de re-financiación de una futura nueva normativa» y que «la paralización de la LOMCE en este momento... conllevaría una disminución en los ingresos presupuestario del Estado y de todas aquellas comunidades sujetas a convenios (todas excepto Cataluña y País Vasco)»: al tiempo, se puntualiza asimismo que el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, había asumido el compromiso de financiar una parte de la inversión derivada de la implantación de la LOMCE, en función de sus disponibilidades presupuestarias; en su acuerdo de 18 de octubre de 2016, la Mesa del Congreso de los Diputados resolvió rechazar la disconformidad expresada por el Gobierno y admitir a trámite de toma en consideración de la proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, razonándolo en que «el criterio del Gobierno no justifica de forma objetiva y suficiente que la misma implique aumento de créditos o disminución de ingresos del Presupuesto en vigor»; como se desprende del acta de la reunión de 18 de octubre de 2016, se adjunta a la misma la nota de asesoramiento elaborada por la Secretaría General (documento 10), haciendo constar la doctrina del TC en virtud de la cual la facultad del Gobierno se circunscribe a los supuestos en los que el efecto de aumento de créditos o disminución de ingresos se refiere al presupuesto vigente; en el acuerdo de 20 de diciembre, que ratifica el anterior, se comienza por recordar la citada doctrina de las SSTC 223/2006 y 242/2006, exponiendo los límites del control a ejercer por la Mesa, consistentes en verificar la regularidad jurídica de la comunicación de la disconformidad formulada por el Gobierno, así como examinar su motivación, limitando su control «a las decisiones que sean arbitrarias o manifiestamente irrazonables» y en defensa del ius in officium de los diputados, garantizado por el artículo 23.2 CE y, más ampliamente, de la función legislativa; apreciará el TC cómo se razona que en este caso el Gobierno no ha constatado que la proposición registrada



fuera a suponer un aumento de crédito o disminución de ingresos vinculados con el presupuesto en curso, y sin que la motivación aportada por el Gobierno haya justificado «de forma objetiva y suficiente» que dicha iniciativa implique aumento de créditos o disminución de ingresos del presupuesto en vigor. Una vez expuestos los argumentos exteriorizados por el Gobierno para no prestar su conformidad a la proposición de ley, y por la Mesa el Congreso de los Diputados para rechazar el veto presupuestario, concluirá el TC que la decisión de la Mesa consistente en considerar que el Gobierno «no justifica de forma objetiva y suficiente que dicha iniciativa implique aumento de créditos o disminución de ingresos del Presupuesto en vigor», no ha producido en este caso el menoscabo de la competencia derivada del artículo 134.6 CE. A ello conducen las siguientes consideraciones: En primer lugar, y como se desprende de su propia motivación, el Gobierno no ha precisado que la iniciativa legislativa afecte a los ingresos presupuestados en la Ley para el sector público del Estado; la motivación exteriorizada por el Gobierno en su rechazo a otorgar la conformidad del artículo 134.6 CE se refiere a una pérdida eventual de ingresos procedentes del fondo social europeo destinados a financiar parte de la inversión derivada de la implantación de la LOMCE; según se explica en la misma, la paralización de esta norma, en tanto que podría implicar la pérdida total o parcial de los fondos comunitarios, conllevaría la disminución en los ingresos presupuestarios del Estado y de todas aquellas Comunidades Autónomas sujetas a convenios (todas excepto Cataluña y País Vasco); el informe del Ministerio de Educación que acompaña al razonamiento se refiere a las cuantías globales destinadas a la financiación de la LOMCE, desde el año 2014, cuantías que además son ingresos presupuestarios de las Comunidades Autónomas, como se afirma en el mismo informe, de modo que no son ni siquiera «ingresos del sector público estatal» (art. 134.2 CE). la falta de desglose anual impide así constatar la conexión inmediata con el presupuesto vigente, al que necesariamente ha de referirse la conformidad del artículo 134.6 CE, como ha quedado expuesto y de acuerdo con el principio de anualidad presupuestaria; en segundo lugar, nos dirá el TC los propios términos de la justificación exteriorizada por el Gobierno ponen ya de manifiesto, por sí mismos, que la pérdida de ingresos es tan solo una hipótesis, pues ello depende, en definitiva, de la decisión que en el futuro adopten las instituciones europeas, en la gestión del fondo social europeo; así se desprende también de la propia justificación aportada por el Gobierno, que en todo momento se refiere, en condicional, a que «la Comisión europea podría considerar» que la paralización de la LOMCE supone el incumplimiento de las condiciones de financiación; a estas razones, añadirá

el TC, debe además tenerse en cuenta que las propias reglas de funcionamiento del fondo social europeo impiden extraer, de forma automática, la conclusión de que cualquier modificación normativa pueda conducir a la pérdida de financiación neta, como se desprende de su propia regulación, contenida en el Reglamento número 1303-2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013, se encuentra expresamente contemplada la posibilidad de modificación de programas (art. 30) o la modificación del acuerdo de negociación (art. 16.4), en coherencia con este tipo de mecanismos de financiación, que no impiden que se modifiquen las medidas que motivaron su otorgamiento, pues su finalidad no es congelar determinados regímenes normativos; como sucede con otros ingresos procedentes del presupuesto de la Unión Europea, en ningún caso suponen una congelación del ordenamiento jurídico, pues ello sería tanto como negar la posibilidad misma de acción legislativa: la obtención de financiación procedente del fondo social europeo no resulta, en suma, incompatible con la modificación de la normativa del programa que se financia, ya que no se trata de una financiación vinculada a una legislación concreta, sino a la consecución de determinados objetivos, para lo que de hecho puede ser necesario modificar el marco jurídico vigente para adaptarlo a posibles circunstancias cambiantes; sostendrá el TC que lo relevante, a efectos del presente conflicto, es que no es dable identificar paralización de una norma con incumplimiento a efectos del fondo social europeo; En consecuencia, y de acuerdo con la doctrina que ha quedado expuesta, la apreciación de la Mesa de la Cámara, en el sentido de considerar que la motivación del Gobierno resulta insuficiente para verificar la efectiva conexión de la medida con los ingresos y los gastos públicos, no ha supuesto el menoscabo de la competencia del Ejecutivo en este caso; el artículo 134.6 CE contiene una prerrogativa del Ejecutivo que tiene, como presupuesto habilitante, la vinculación estricta a la norma presupuestaria, que debe por ello verse afectada; teniendo en cuenta, como ya se ha señalado, que cualquier iniciativa o proposición de ley es susceptible de suponer un incremento de gasto o una disminución de ingresos, el Gobierno debe justificar de forma explícita la adecuada conexión entre la medida que se propone y los ingresos y gastos presupuestarios; esta conexión debe ser directa e inmediata, actual, por tanto, y no meramente hipotética; debe además referirse al presupuesto en particular, sin que pueda aceptarse un veto del Ejecutivo a proposiciones que, en el futuro, pudieran afectar a los ingresos y gastos públicos, pues ello supondría un ensanchamiento de la potestad de veto incompatible con el protagonismo que en materia legislativa otorga a las Cámaras la propia Constitución (art. 66 CE).

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional decide: Desestimar el conflicto entre órganos constitucionales del Estado núm. 355-2017, promovido por el Gobierno contra el Congreso de los Diputados.

Véase en el mismo sentido que la comentada la STC 44/2018 de 26 de abril (BOE de 29 de mayo).

En este número comienza la reseña de la Jurisprudencia Constitucional de 2018. Se han consultado las SSTC publicadas en el BOE hasta el 22 de junio de 2018. Entre ellas, amén de la comentada in extenso, son reseñables las relacionadas a continuación, acompañadas de la nota resumen del propio BOE.

**Sentencia 1/2018, de 11 de enero de 2018 (BOE de 7 de febrero de 2018).**

Cuestión de inconstitucionalidad 2578-2015. Planteada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con respecto al artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.

*Principio de exclusividad jurisdiccional y derecho a la tutela judicial efectiva: nulidad del precepto que prescinde de la voluntad de una de las partes en el sometimiento a arbitraje cualquier controversia que pueda suscitarse en relación con el contrato de seguro. Votos particulares.*

**Sentencia 2/2018, de 11 de enero de 2018. (BOE de 7 de febrero de 2018).**

Recurso de inconstitucionalidad 2002-2017. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con distintos preceptos de la Ley 7/2016, de 21 de julio, de medidas extraordinarias contra la exclusión social, de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

*Competencias sobre extranjería, legislación procesal, asistencia social y sanidad: nulidad de los preceptos legales autonómicos que extienden la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (STC 134/2017) y establecen la inembargabilidad de unas ayudas extraordinarias de apoyo social para contingencias. Votos particulares.*

**Sentencia 8/2018, de 25 de enero de 2018 (BOE de 21 de febrero de 2018).**

Recurso de inconstitucionalidad 1941-2016. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento vasco 6/2015, de 30 de junio, de medidas adicionales de protección

medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales y la fractura hidráulica. *Competencias sobre ordenación general de la economía, medio ambiente y minas: nulidad de los preceptos legales que extienden la competencia autonómica al mar territorial, y prohíben, de manera absoluta e incondicionada, una técnica de investigación y explotación de hidrocarburos (STC 106/2014). Voto particular.*

**Sentencia 13/2018, de 8 de febrero de 2018 (BOE de 8 de marzo de 2018).**

Cuestión prejudicial de validez 2633-2017. Planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el artículo 4.2 de la Norma Foral de Gipuzkoa 13/2012, de 27 de diciembre, por la que se aprueban determinadas modificaciones tributarias.

*Libertad religiosa: nulidad de la norma foral que suprime, en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, la exención aplicable a los bienes y derechos destinados a actividades religiosas o asistenciales (STC 207/2013).*

**Sentencia 14/2018, de 20 de febrero de 2018 (BOE de 23 de marzo de 2018).**

Recurso de inconstitucionalidad 1377-2014. Interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. *Competencias en educación y régimen lingüístico: nulidad de los preceptos legales que regulan el derecho a recibir las enseñanzas en las lenguas oficiales y la repercusión a las comunidades autónomas de los gastos de escolarización de alumnos en centros privados con oferta educativa en castellano y habilitan al Gobierno para el establecimiento de las bases de la educación plurilingüe.*

**Sentencia 16/2018, de 22 de febrero de 2018. (BOE de 23 de marzo).**

Recurso de inconstitucionalidad 6036-2013. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra. *Competencias sobre vivienda, crédito y ordenación general de la economía: nulidad de los preceptos legales que regulan una expropiación de uso de vivienda que menoscaba las competencias estatales (STC 93/2015).*

**Sentencia 17/2018, de 22 de febrero de 2018 (BOE de 23 de marzo).**

Recurso de inconstitucionalidad 7089-2013. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra. *Competencias sobre extranjería, asistencia sanitaria y sanidad: nulidad de la ley foral que extiende la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (STC 134/2017). Votos particulares.*

**Sentencia 18/2018, de 22 de febrero de 2018 (BOE de 23 de marzo).**

Conflicto positivo de competencia 136-2013. Planteado por el Gobierno de la Nación respecto del Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, por el que se modifica el Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, que establece el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en la Comunidad Foral de Navarra.

*Competencias sobre extranjería, asistencia sanitaria y sanidad: pérdida parcial de objeto del conflicto y nulidad de los preceptos reglamentarios que extienden la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (STC 134/2017). Votos particulares.*

**Sentencia 19/2018, de 22 de febrero de 2018.**

Recurso de inconstitucionalidad 681-2015. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, y con un crédito presupuestario incluido en la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2015.

*Derechos de asociación y propiedad, principio de igualdad: pérdida de objeto del recurso y desestimación del recurso en relación con el régimen de ventanilla única de facturación y pago y participación en ella de las entidades de gestión.*

**Sentencia 28/2018, de 8 de marzo de 2018 (BOE de 13 de abril).**

Recurso de inconstitucionalidad 584-2007. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley 1/2006, de 19 de abril, del sector audiovisual de la Comunidad Valenciana.

Competencias sobre telecomunicaciones y medios de comunicación visual: nulidad de los preceptos legales autonómicos relativos a las funciones de los gestores de canales múltiples digitales y canales de televisión digital terrestre; interpretación conforme de los preceptos relativos a la titularidad de canales múltiples digitales de cobertura autonómica y al estudio del espectro radioeléctrico en el territorio autonómico; pérdida parcial de objeto del recurso (STC 78/2017).

**Sentencia 29/2018, de 8 de marzo de 2018. (BOE de 13 de abril).**

Recurso de inconstitucionalidad 231-2017. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto del artículo 83 de la Ley del Parlamento Vasco 1/2016, de 7 de abril, de atención integral de adicciones y drogodependencias. *Competencias sobre sanidad, legislación penal y seguridad pública: interpretación conforme del precepto legal autonómico que establece las funciones de colaboración con la administración sanitaria que cumplen las entidades de personas consumidoras de cannabis (STC 144/2017).*

**Sentencia 30/2018, de 22 de marzo de 2018. (BOE de 13 de abril).**

Conflicto positivo de competencia 6305-2014. Planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña respecto del Real Decreto 591/2014, de 11 de julio, por el que se regulan los procedimientos relativos al reconocimiento de la compensación de los costes de escolarización previstos en el apartado cuarto de la disposición adicional trigésima octava de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación.

*Competencias en educación y régimen lingüístico: nulidad de la norma reglamentaria estatal que regula el procedimiento de reconocimiento de compensación de los costes de escolarización en lengua castellana (STC 14/2018).*

**Sentencia 31/2018, de 10 de abril de 2018 (BOE de 22 de mayo).**

Recurso de inconstitucionalidad 1406-2014. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa.

*Derechos a la igualdad y a la educación, formación en valores morales y religiosos: constitucionalidad de los preceptos legales referidos a la educación diferenciada por sexos, a la enseñanza de la religión y a la participación de padres y alumnos en decisiones relativas a los itinerarios educativos. Votos particulares.*

**Sentencia 32/2018, de 12 de abril de 2018 (BOE de 22 de mayo).**

Recurso de inconstitucionalidad 7357-2013. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto del artículo 1 y la disposición adicional primera de la Ley del Parlamento de Andalucía 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda.

*Competencias sobre ordenación general de la economía, condiciones básicas de igualdad, derecho civil y vivienda: nulidad de la disposición legal autonómica relativa a la expropiación del uso de la vivienda; interpretación conforme del precepto que establece el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación (SSTC 93/2015 y 16/2018).*

**Sentencia 33/2018, de 12 de abril de 2018 (BOE de 22 de mayo).**

Recurso de inconstitucionalidad 3447-2015. Interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa.

*Competencias sobre deporte, fomento y procedimiento administrativo: nulidad de diversas disposiciones sobre la base de datos nacional de subvenciones; interpretación conforme de los preceptos relativos a la licencia deportiva única y a la regulación de las multas coercitivas como medio de ejecución forzosa del deber de suministrar información a la base de datos nacional de subvenciones.*

**Sentencia 49/2018, de 10 de mayo de 2018 (BOE de 11 de junio de 2018).**

Recurso de inconstitucionalidad 1385-2014. Interpuesto por el Parlamento de Cataluña respecto de diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa.

*Competencias en educación y autonomía financiera, principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y reserva de ley orgánica: pérdida sobrevinida de objeto del recurso; constitucionalidad de los preceptos legales estatales que mantienen su vigencia (SSTC 14/2018 y 31/2018). Votos particulares.*

**Sentencia 51/2018, de 10 de mayo de 2018 (BOE de 11 de junio).**

Cuestión de constitucionalidad 4952-2017. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación con la disposición adicional segunda de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. *Principios de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, de confianza legítima y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: constitucionalidad del precepto legal que establece los requisitos necesarios para entender subsistente el derecho a la ayuda estatal otorgada al amparo de un plan de vivienda ya finalizado.*

**Sentencia 52/2018, de 10 de mayo de 2018 (BOE de 11 de junio).**

Cuestión de inconstitucionalidad 5448-2017. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en relación con el artículo 9 a) de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 9/2008, de 4 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos. *Principio de igualdad tributaria: nulidad del precepto legal autonómico que supedita el disfrute de una bonificación en el impuesto sobre donaciones al requisito de que el sujeto pasivo tenga su residencia habitual en Castilla-La Mancha (STC 60/2015).*

\* \* \*



# **Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía**

## **Tribunal Supremo<sup>1</sup>**

### **IV. BIENES PÚBLICOS**

Aguas: nulidad del artículo 49 quinquies, apartado 2, del Real Decreto 638/2016, de 9 diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Dominio Público Hidráulico, el Reglamento de Planificación Hidrológica y otros reglamentos: caudales ecológicos: márgenes de tolerancia: determinación por el Reglamento de supuestos que no comportan incumplimiento del régimen de dichos caudales: incumplimiento de las garantías establecidas en los correspondientes Planes Hidrológicos: infracción de las exigencias de la Ley de Aguas.

“si se parte de que los caudales ecológicos tienen un determinado régimen en los planes, con las garantías que ya se ha visto comporta la propia naturaleza y finalidad de dichos caudales, resulta contradictorio que se establezcan unos supuestos en los que, pese a alterarse dicho régimen, no comporta incumplimiento. Es decir, si se termina por aceptar que en determinados supuestos -los cinco a que se refiere este precepto y párrafo- existe incumplimiento alterando, para perjudicarlos, los caudales ecológico y, pese a ello, se excluye de considerar que existe incumplimiento, lo que autoriza implícitamente el precepto reglamentario es que el sistema normal de estos caudales no es el que se establece, con las condiciones que ya son conocidas, en los respectivos planes, sino que una reducción por encima de las fijadas en el precepto, no comporta incumplimiento, por más que en tales supuestos se vulneren las exigencias de los planes sobre estos caudales que han de quedar garantizados.

(...) Y esas consideraciones son extensibles a la facultad que se confiere, por vía reglamentaria, a los planes de cuenca para establecer “reglas menos exigentes”, esto es, aumentar el régimen de incumplimiento, aunque con las limitaciones de que debe concurrir “circunstancias especiales”, que no pueden ser generales y que no afecten al logro de los objetivos ambientales. Dicha autorización es manifiestamente contraria a la garantía de los caudales ecológicos en la forma en que se han garantizado en los correspondientes

---

<sup>1</sup> Subsección preparada por EDUARDO GAMERO CASADO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pablo de Olavide. Se incluyen las sentencias aparecidas en los repertorios entre el 1 de septiembre y el 30 de noviembre de 2018, aunque algunas estén fechadas con anterioridad a ese período.

planes, que es lo que pretende salvaguardar, con carácter preferente, el Legislador. En efecto, si bien esa potestad se confiere al planificador, es lo cierto que, entendida como la posibilidad de reducir, aún más, los incumplimientos a efectos de su declaración, afecta a la misma esencial de la determinación de los caudales ecológicos, que el artículo 59 de la Ley de Aguas, como ya vimos, impone que se determinen partiendo de “estudios específicos”, pero una vez determinados en su finalidad estos caudales, no le es dable a la norma reglamentaria esa reducción a los efectos de declarar la existencia de un incumplimiento.

La conclusión de lo expuesto ha de llevar a dar la razón a la Asociación recurrente y declarar que el artículo 49 quinquies, párrafo segundo, deben considerarse nulos de pleno derecho”.

(STS 1460/2018, de 3 de octubre, Sala 3ª, Sec.5ª; Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy).

## V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 15 de septiembre de 2017, y la Orden del Ministerio de Hacienda, de 20 de septiembre de 2017, que declaran la no disponibilidad de créditos de la Cataluña: naturaleza: no sin dirigidas a garantizar que los fondos públicos recibidos por la Comunidad Autónoma recurrente se destinan a prestar servicios públicos y no a fines declarados inconstitucionales, sino medidas adoptadas en el marco de la estabilidad presupuestaria que no requieren aprobarse mediante el art.155 de la Constitución, encuadrándose en el Fondo de Liquidez Autonómica y en la *conditio legis* que lleva aparejada la adhesión voluntaria a dicho mecanismo.

“QUINTO.- Conclusiones.

1.- Como consecuencia de estar adherida al Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas, a través del compartimento FLA, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 2/2012 y en el artículo 22 del Real Decreto-ley 17/2014, la Comunidad Autónoma de Cataluña ha asumido el compromiso de cumplir lo dispuesto en cualquier disposición que desarrolle este mecanismo de financiación, circunstancia esta que no es nueva para la Comunidad Autónoma que ya se vio afectada en noviembre de 2015 y julio de 2017. Sin que ello exija seguir otro procedimiento que el recorrido para la adopción del Acuerdo.

2.- No era necesario seguir el procedimiento del artículo 155 de la Constitución para adoptar las medidas del Acuerdo impugnado. El Acuerdo se enmarca en el cumplimiento de las obligaciones de estabilidad presupuestaria y parte del artículo 22.3 del Real Decreto-ley 17/2014, atendido su significado constitucional respecto de la autonomía financiera.

Sin el paraguas del artículo 155 de la Constitución se pueden adoptar medidas de intervención económica como las aprobadas por el Acuerdo impugnado. Aparece excesivo pretender en todo caso la necesidad de acudir al procedimiento del artículo 155.

Los hechos posteriores al presente recurso permiten diferenciar entre el procedimiento del artículo 155 de la Constitución y la adopción de medidas necesarias dirigidas a garantizar que los fondos públicos recibidos por la Comunidad Autónoma recurrente se destinan a prestar servicios públicos y no a fines declarados inconstitucionales.

3.- Se descarta que el único cauce posible para adoptar medidas sea el recogido en los artículos 25 y 26 de la Ley Orgánica 2/2012.

La obligación de cumplir los acuerdos y disposiciones que se adopten en desarrollo del FLA ampara mecanismos de control y consecuencias caso de incumplimiento de sus obligaciones, debiendo resaltarse que aquí se parte de una situación de hecho de incumplimiento del Plan de ajuste de la Comunidad.

El control y garantía de gestión para aplicar los fondos obtenidos a sus fines presupuestarios en una Comunidad que ha incumplido el plan de ajuste, no tiene por qué seguir el cauce del artículo 26 para el caso de incumplimiento de lo previsto en su primer apartado y del artículo 155 de la Constitución.

4.- El marco legal en el que se adopta el Acuerdo, su motivación y la finalidad que persigue se sitúan en el ámbito de la estabilidad presupuestaria, dentro de los mecanismos de estabilidad y en concreto del FLA, acordes con el cumplimiento de la *conditio legis* que lleva aparejada la adhesión voluntaria a dicho mecanismo de financiación.

5.- El Acuerdo aparece motivado, basado en un régimen legal que habilita a su adopción, aprobado con arreglo a dicho régimen legal, proporcionado y adecuado para la finalidad que persigue recogida en el mismo de forma precisa”.

(STS 1510/2018, de 17 de octubre, Sala 3ª, Scc.3ª; Ponente: Ángel Ramón Arozamena Laso).

## VIII. CULTURA, EDUCACIÓN, PATRIMONIO HISTÓRICO

Conciertos educativos: educación diferenciada: sentencia confirmatoria de la dictada por el TSJA, anulando las órdenes de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía de 2013 por las que se denegaba el acceso al régimen de conciertos educativos a nueve centros andaluces de educación diferenciada por sexo: la educación diferenciada no puede ser considerada discriminatoria siempre que se cumplan las condiciones de equiparabilidad entre los centros escolares y las enseñanzas a prestar en ellos a que se refiere la Convención de 1960.

### SÉPTIMO.-

“declara la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2018, cit.: «Esa gratuidad garantizada constitucionalmente no puede referirse exclusivamente a la escuela pública, negándola a todos los centros privados, ya que ello implicaría la obligatoriedad de tal enseñanza pública, al menos en el nivel básico, impidiendo la posibilidad real de elegir la enseñanza básica en cualquier centro privado. (...) Ello no quiere decir, obviamente, que cualquier centro privado haya de ser financiado públicamente en los niveles obligatorios. Como expusimos en la STC 86/1985, de 10 de julio “el derecho a la educación -a la educación gratuita en la enseñanza básica- no comprende el derecho a la gratuidad en cualesquiera centros privados, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionalmente, allá donde vayan las preferencias individuales”. De este modo, una vez justificada la inexistencia de recursos públicos para financiar en cada caso el centro privado de que se trate, los poderes públicos podrán aplicar los criterios establecidos en la norma legal dictada en desarrollo del artículo 27.9 CE, para priorizar el alcance de esa financiación [...] El modelo pedagógico de educación diferenciada no es discriminatorio per se. Por otro lado, si impidiera la consecución de los objetivos consagrados en el artículo 27.2 CE, centrados en “el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”, la conclusión sería, no la imposibilidad de ayudar a los centros que practicasen esa fórmula pedagógica, sino la inconstitucionalidad del modelo. (...)”

El modelo de educación separada o diferenciada tampoco contradice en sí mismo la obligación de los poderes públicos de promover activamente la igualdad (...)

Por lo tanto, dado que no existe ningún elemento que conduzca a imputar a la educación diferenciada una incapacidad estructural para el logro de

los objetivos educativos marcados constitucionalmente, lo determinante será el análisis de cada centro en particular. Para garantizar la promoción de esos valores, objetivos o principios, junto al ejercicio de la función general de inspección educativa que corresponde a los poderes públicos, resulta suficiente la cautela establecida en el artículo 83.4 de la ley, que impone a los centros concertados que eduquen diferenciadamente, y sólo a estos, la obligación de “exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad”(…). El carácter propio o ideario no sería aceptable si tiene un contenido incompatible por sí mismo con los derechos fundamentales o si, sin vulnerarlos frontalmente, incumple la obligación, derivada del artículo 27.2 de la Constitución, de que la educación prestada en el centro tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia, y a los derechos y libertades fundamentales en su concreta plasmación constitucional, pues estos han de inspirar cualquier modelo educativo, público o privado. [...] [pero] ya hemos expresado que la educación diferenciada no puede ser considerada discriminatoria, siempre que se cumplan las condiciones de equiparabilidad entre los centros escolares y las enseñanzas a prestar en ellos a que se refiere la Convención de 1960, lo que en nuestro caso está fuera de toda duda, pues está garantizado el puesto escolar en todos los casos; y la programación de las enseñanzas que corresponde a los poderes públicos ex artículo 27.5 CE, así como la forma esencial de prestación de las mismas, no hacen distinción alguna entre centros mixtos, centros femeninos y centros masculinos. Si alguna diferencia de trato indebida existiera sólo sería atribuible al centro escolar en la que se produjera, y no sería imputable al modelo en sí [...] (FD 4)».

Por consiguiente, la interpretación del art. 84.3 de la LOE efectuada por la sentencia recurrida es plenamente conforme al art. 14 en relación al art. 27 de CE, y no es de aplicación la jurisprudencia que invoca la recurrente, que, por otra parte, se formó en el entorno de un marco legislativo no coincidente con el vigente cuando se dictó la resolución anulada por la sentencia recurrida. El motivo de casación ha de ser rechazado”.

(STS 1440/2018, de 1 de octubre, Sala 3ª, Scc.4ª; Ponente: Rafael Toledano Cantero. En el mismo sentido, SSTS 1441/2018, de 1 de octubre, y 1474/2018, de 5 de octubre, ambas del mismo ponente).

## IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Energía eléctrica: Orden IET/980/2016 por la que se establece la retribución de las empresas de distribución de energía eléctrica para 2016; cálculo del coeficiente ibase: improcedencia de la exclusión de otros activos; aplicación de las diferencias retributivas que resulten de aplicar la metodología sustitutiva de la que fue declarada nula.

“OCTAVO.- (...)”

Pues bien, ese concreto inciso (“otros activos”) del primer punto de la metodología ha sido declarado nulo en sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2017 (recurso núm. 1379/2016), cuya doctrina hemos reiterado en sentencia de 31 de octubre de 2017 (recurso núm. 1676/2016).

En consecuencia, habiendo sido declarado nulo por sentencia firme del inciso “y los otros activos” que figura al final del primer punto de la metodología de cálculo establecida en el Anexo VII de la Orden IET/2660/2015, debe ser acogida la pretensión de la demandante de que se anule el coeficiente ibase que la Orden IET/980/2016 fija para la entidad Electra Valdizarbe Distribución SL; debiendo en consecuencia condenarse a la Administración demandada a calcular el coeficiente ibase sin excluir de su cálculo los otros activos necesarios para el ejercicio de la actividad de distribución distintos de los activos eléctricos (IBO), en el bien entendido que corresponde a la Administración establecer la nueva metodología de cálculo del coeficiente, esto es, decidir sobre el contenido que deba darse a la regulación que sustituya a la que ha sido declarada nula ( artículo 71.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ) para a continuación aplicarla al caso de la demandante.

En el mismo sentido, sentencias de 5 de junio de 2018 -recursos núms. 4928/2016 y 4938/2016 -, y las que allí se citan.

En relación con lo anterior, entendemos que, como solicita en el apartado último del suplico de la demanda, debe reconocerse el derecho de la demandante a que se le abone la diferencia retributiva que resulte de aplicar la metodología de cálculo del coeficiente sustitutiva de la que fue declarada nula, así como al abono de los intereses correspondientes computados desde el 1 de enero de 2016”.

(STS 1461/2018, de 1 de octubre, Sala 3ª, Scc.3ª; Ponente: Isabel Perelló Domech. En el mismo sentido, SSTs 1464/2018, de 4 de octubre; 1532/2018, de 23 de octubre; 1567/2018, de 30 de octubre; y 1569/2018, de la misma fecha; entre otras).

## IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Marcas: alcance de la similitud entre productos o servicios en el régimen de las marcas renombradas respecto del general de las marcas registradas: requiere que la similitud o semejanza de las marcas que se oponen indique una conexión entre los productos o servicios amparados por la misma y evoque en el consumidor medio un vínculo empresarial entre ellas, siendo preciso que se evidencie la existencia de un cierto grado de asociación, aunque no sea el grado exigido para la aplicación del art. 6.1 b) de la Ley.

“QUINTO.- La decisión del recurso.

1. En la protección de toda marca registrada conforme al artículo 6 LM se parte de la existencia de identidad o similitud entre los signos, así como entre los productos o servicios y la existencia de un riesgo de confusión o asociación con la marca anterior. Por el contrario en la protección especial de las marcas notorias o renombradas registradas se exige la identidad o similitud entre los signos, no se requiere la similitud entre productos o servicios, y se exige una conexión.

2. Sobre el riesgo de vinculación con las marcas notorias cabe acudir a la reciente sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 2018 -recurso de casación núm. 1153/2016 - sobre la marca “Cerveza Estrella de Madrid” a la que se oponían -también del sector de la comercialización de cervezas- las titulares de “Estrella Galicia” o “Estrella Madrid”, en la que se razona:

“La discrepancia surge por cuanto la sentencia impugnada entiende que es necesario que exista un riesgo de confusión o asociación entre la marca solicitante y la opuesta. Por el contrario, las empresas recurrentes consideran que no era necesario apreciar una similitud tal que determinase un riesgo de confusión entre las marcas notorias y la solicitante sino que bastaba un grado de similitud que, pese a ser ligero, fuese suficiente para que el público estableciese un vínculo entre los distintivos que permitiese aprovecharse indebidamente de la reputación de las marcas notorias inscritas.

La jurisprudencia de esta Sala ha venido sosteniendo -en tal sentido STS, de 21 de julio de 2015 (rec.3082/2013 ) entre otras - que las marcas notorias tienen una protección reforzada en dos aspectos: por un lado, el criterio sobre el riesgo de confusión y asociación con los signos notorios ha de ser más riguroso, puesto que el amplio conocimiento de las marcas notorias por parte del público consumidor puede hacer que signos relativamente diferentes sean sin embargo confundidos o asociados con ellos, precisamente

por su amplia difusión y conocimiento; por otro lado y como consecuencia de lo anterior, la marca notoria recibe su protección más allá del estricto ámbito comercial al que pertenece - tanto más allá cuanto más notorio-, hasta llegar a una protección general en el caso de las marcas renombradas.

Ciertamente cuando se trata de marcas notorias no es exigible un riesgo de confusión entre las marcas contrapuestas, entendido como la posibilidad de que el consumidor crea estar comprando o consumiendo el producto amparado por la marca prioritaria, lo que se intenta evitar es que exista un riesgo de asociación o vinculación que haga pensar al consumidor medio que ambos productos, aun diferentes, tienen un mismo origen empresarial, aprovechándose así del prestigio y reputación ganados.

En tal sentido la STJUE de 22 de septiembre de 2011 (Asunto C-323/09) afirma que “[...] en lo tocante al alcance de la protección conferida a los titulares de marcas de renombre, del tenor de las citadas disposiciones se desprende que los titulares de esas marcas están facultados para prohibir el uso por terceros, en el tráfico económico, de signos idénticos o similares a éstos, sin su consentimiento y sin justa causa, cuando ese uso se aproveche indebidamente del carácter distintivo o de la notoriedad de las mencionadas marcas o menoscabe su carácter distintivo o su notoriedad”.

3. La sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2008 (asunto C-252/07 Intel) citada por las partes señala los factores a tener en cuenta para determinar si existe o no un vínculo:

“41. La existencia de un vínculo de ese tipo debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta la totalidad de los factores pertinentes en cada caso (véanse, en relación con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva, las sentencias antes citadas Adidas-Salomon y Adidas Benelux, apartado 30, así como adidas y adidas Benelux, apartado 42).

42. Entre tales factores cabe citar: el grado de similitud entre las marcas en conflicto; la naturaleza de los productos o servicios para los que se registraron respectivamente las marcas en conflicto, incluido el grado de proximidad o de diferenciación entre dichos productos o servicios, así como el público relevante; la intensidad del renombre de la marca anterior; la fuerza del carácter distintivo de la marca anterior, bien sea intrínseca o adquirida por el uso; la existencia de un riesgo de confusión por parte del público”.

(...) La infracción del artículo 8.1 requiere, no necesariamente un riesgo de confusión, pero sí que exista un parecido objetivo entre los signos y además una conexión o vínculo. Y que la existencia de este vínculo debe apreciarse



globalmente, teniendo en cuenta la totalidad de los factores pertinentes en cada caso, y que son los que recoge el párrafo 42 de la STJUE que se acaba de citar. (...)

5. En la citada sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 2018 -recurso de casación núm. 1153/2016 - se destaca: “Ciertamente cuando se trata de marcas notorias no es exigible un riesgo de confusión entre las marcas contrapuestas, entendido como la posibilidad de que el consumidor crea estar comprando o consumiendo el producto amparado por la marca prioritaria, lo que se intenta evitar es que exista un riesgo de asociación o vinculación que haga pensar al consumidor medio que ambos productos, aun diferentes, tienen un mismo origen empresarial, aprovechándose así del prestigio y reputación ganados (...)

Aquí entendemos que no cabe apreciar que con respecto a los productos y servicios que con la misma se amparan en las clases 16 y 41, su registro pueda implicar un aprovechamiento de la notoriedad o distintividad de la marca oponente. Parece evidente, respecto a los campos reseñados (juego uno, y productos alimenticios, otro), que nada puede hacer pensar que se trate de productos procedentes de un mismo origen empresarial o de empresas vinculadas, con aprovechamiento de su reputación. En este sentido y, a sensu contrario, la tantas veces citada sentencia de 26 de febrero de 2018.

8. Acudiendo de nuevo a la sentencia de la Sala Primera de 2 de junio de 2017 “para que exista infracción es necesario que mediante la evocación de la marca notoria, el empleo del signo controvertido conlleve un aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca o perjudique su distintividad o notoriedad”, lo que no ha resultado acreditado.

9. La marca “Un sueldo para toda la vida” es una marca que, recoge la sentencia recurrida, ha sido reconocida como notoria, pero no puede considerarse como renombrada y, reiteramos, no ha quedado tampoco acreditado que por parte de la ONCE haya existido aprovechamiento de su reputación o menoscabo de la notoriedad o distintividad. En este sentido la citada sentencia de la Sala Primera de 2 de febrero de 2017 concluía: “No cabe olvidar que las marcas de la recurrente son notorias, pero no renombradas, y no se ha declarado acreditado que por parte de la demandada haya existido aprovechamiento de su reputación, ni que la marca de la demandada haya menoscabado la mencionada notoriedad, ni su prestigio, ni la distintividad de tales marcas”.

Procede, en consecuencia, rechazar el recurso de casación.

### SEXTO.- La fijación de la doctrina.

Conforme a los anteriores razonamientos debe fijarse la siguiente doctrina.

La aplicación del artículo 8.1 LM requiere que la similitud o semejanza de las marcas que se oponen indique una conexión entre los productos o servicios amparados por la misma y evoque en el consumidor medio un vínculo (jurídico o económico) entre ellas.

Para determinar la existencia de un vínculo (jurídico o económico) entre marcas, es preciso que se evidencie la existencia de un cierto riesgo de asociación, aunque no sea en el grado exigido para la aplicación del artículo 6.1.b) de la Ley de Marcas.”

(STS 1410/2018, de 24 de septiembre, Sala 3ª, Scc.3ª; Ponente: Ángel Ramón Arozamena Laso).

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Extranjería: expulsión por estancia ilegal: arraigo familiar o social de extranjero llegado a España siendo menor en unión de sus padres y hermanos con los que reside: el arraigo cede o desaparece cuando, alcanzada la mayoría de edad, incumple la obligación de abandonar el territorio nacional por la denegación de la autorización de residencia mediante resolución firme: expulsión procedente.

### “QUINTO

Así delimitada la controversia a que nos emplaza el presente recurso, comencemos ante todo por dar cuenta del contenido literal de la prescripción cuyo alcance hemos de tratar de precisar. Artículo 5 b) de la Directiva 2008/115: “Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta: b) la vida familiar”.

Es claro que, de entrada, no cabe deducir, como consecuencia directamente impuesta a partir del tenor literal de esta norma, la existencia de una obligación concreta jurídicamente exigible, en el sentido pretendido por el recurrente.

Acaso no puede dejar de tomarse en consideración en efecto la vida familiar del extranjero como parámetro de referencia, en la medida en que aquélla deberá tenerse debidamente en cuenta, como señala el artículo 5 b) de la Directiva 2008/115/CE; pero no autoriza ello con la sola base en esta norma

a acceder a lo solicitado y reconocer a aquél la existencia de un derecho subjetivo perfecto a obtener la consiguiente autorización de residencia y prescindir de otras circunstancias en punto a su otorgamiento, tratándose de mayores de edad en convivencia con sus padres y hermanos.

Máxime cuando, además, no le falta razón al Abogado del Estado cuando sostiene que, en el supuesto de autos, la controversia no gravita en torno a la pertinencia de obtener una autorización en el sentido expresado, que es donde parece quererla situar el recurso; sino más exactamente en la procedencia de evitar una expulsión acordada como consecuencia del incumplimiento de la obligación de abandonar el territorio nacional, precisamente, surgida por haber sido denegada con anterioridad en sucesivas ocasiones la autorización de residencia mediante una serie de resoluciones que han adquirido firmeza a tal efecto.

La desigualdad de trato que, por otra parte, pudiera así resultar respecto de la situación de un menor de edad encuentra su explicación en que los menores son objeto de un trato singular por parte de nuestro ordenamiento jurídico y por tanto se debe ello a la postre a una justificación objetiva y razonable. Es plausible rebajar el cumplimiento de las exigencias en presencia de menores, en atención justamente a su situación; y está justificado, por tanto, pueda no resultar enteramente equiparable dicha situación con la de los mayores de edad. Por tanto, no cabe tratar de pertrecharse de adverso en la circunstancia que pretende hacerse valer.

Así las cosas, cumple dar una respuesta afirmativa a la cuestión de interés casacional suscitada con motivo de este recurso; y, por tanto, el arraigo familiar o social del extranjero, que llegó a España siendo menor en unión de sus padres y hermanos con los que reside, cede o desaparece, a efectos de aplicar el art. 5.b de la Directiva 2008/115/CE, cuando, una vez alcanzada la mayoría de edad, incumple la obligación de abandonar el territorio nacional, como consecuencia de la denegación/es de solicitud/es de autorización de residencia en resolución/es administrativas firmes.

Y, por lo mismo, el presente recurso de casación debe ser desestimado”.

(STS 1136/2018, de e de julio, Sala 3ª, Scc.5ª; Ponente: José Juan Suay Rincón).

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Extranjería: renovación de una autorización de residencia por reagrupación familiar: se han de tener en cuenta los recursos económicos del conjunto de la familia y no sólo del reagrupante.

“SEXTO.- (...)”

La tesis del ahora recurrente en casación es que ambos preceptos reglamentarios contemplan un distinto supuesto de hecho, puesto que el artículo 54 se refiere la autorización inicial de reagrupación, mientras que el artículo 61 se refiere a la renovación de dicha autorización; y que, por tanto, no habrían de ser los mismos los requisitos exigibles en uno y otro caso.

En concreto, aduce que, frente a lo que resulta de aquel precepto (artículo 54) en que es el reagrupante el que ha de acreditar la existencia de recursos económicos propios suficientes para atender las necesidades de la familia, en éste (artículo 61) dicho requisito se refiere al conjunto de la familia de la que forma parte y en la que por tanto habría que incluir, aparte del reagrupante, al hijo mayor de éste, que convive con los demás miembros de la familia. (...)

SÉPTIMO.- (...)”

A falta de mayores concreciones, el debate ha de terminar situándose por tanto en las propias prescripciones establecidas por la normativa reglamentaria que resultan de aplicación.

Dicha normativa, de entrada, tampoco permite trazar una diferencia tan nítida, como la que se pretende hacer valer, en la medida en que los requisitos subjetivos exigibles parecen proyectarse sobre la misma persona, el solicitante de la autorización de reagrupación (artículo 54), por una parte; y el reagrupante (artículo 61), por otra parte; en ambos casos se requiere además la existencia de medios (artículo 54) o recursos (artículo 61) económicos “suficientes”; sin que pueda prosperar consiguientemente la sutil diferencia entre medios propios y suficientes que el recurso trata de hacer valer.

Así, pues, al menos, de la argumentación desarrollada en el recurso no le cabe a esta Sala alcanzar la conclusión que se pretende.

B) Pero es que, todo ello aparte, una razón resultaría por sí sola determinante para la desestimación del presente recurso. Y es que, aunque ciertamente, la sentencia impugnada ha puesto el foco en el artículo 54 del Reglamento y en la propia situación del reagrupante, no ha dejado de ir más allá y, en realidad, no ha dejado de considerar incluso la propia situación del otro miembro de la familia (hijo mayor), que es lo que se pretende hacer valer en el recurso al amparo del artículo 61 del Reglamento”.

(STS 1030/2018, de 18 de junio, Sala 3ª, Scc.5ª; Ponente: José Juan Suay Rincón).

## XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Procedimiento expropiatorio de urgencia: el trámite de información pública posterior a la aprobación del Proyecto lleva implícita la declaración de necesidad de ocupación y de manera conjunta, con la convocatoria a los interesados para el levantamiento de las actas previas a la ocupación, les permite formular las alegaciones que estimen convenientes en cuanto a la necesidad de ocupar los bienes y derechos afectados por la expropiación y la valoración de las mismas por la Administración: en el procedimiento expropiatorio de urgencia no se requiere que el trámite de información pública tenga carácter previo a la declaración de necesidad de ocupación, siempre que el trámite se ajuste a las exigencias establecidas en los arts. 18 y 19 de la LEF.

“TERCERO.- (...)

La Sala de instancia alude, en apoyo de su postura, a la ineficacia del trámite de información pública cuando se realiza tras la aprobación del Proyecto que implícitamente declara la necesidad de ocupación, entendiendo que ésta última ha de estar al resultado de aquella información pública. Pero estos reparos también se reflejan y descartan en la jurisprudencia de esta Sala, cuando señala que “se ha asentado sobre la base de brindar a los expropiados la oportunidad real de alegar sobre la necesidad de ocupar los bienes y derechos afectados por la expropiación, desterrando así cualquier indefensión material”; que a tal efecto no puede olvidarse “que las garantías del procedimiento expropiatorio están estrechamente vinculadas con la finalidad que con ellas se persigue, y se ha descartado la nulidad de las actuaciones, aun cuando se aprecie una infracción del procedimiento, cuando dicha infracción no ha privado a los afectados de las posibilidades de defensa y alegación, tal y como se advierte claramente en las sentencias del TS, Sala Tercera, sección 6.<sup>a</sup>, de 14 de noviembre de 2000 (Recurso: 2939/1996 ) y la STS, sección 6 del 24 de noviembre de 2004 (Recurso: 6514/2000 ), así como del conjunto de la jurisprudencia existente sobre este punto”; y que carece de relevancia “el que juntamente con la apertura del trámite de información pública y alegaciones se convocase a los interesados para el levantamiento de las actas previas a la ocupación un mes después, pues el hecho de que simultanearan ambas convocatorias (información pública y convocatoria al levantamiento de actas previas de ocupación) aunque no es deseable y sería preferible que se acordaran de forma sucesiva, no es generadora de indefensión material ni una infracción generadora de la nulidad del procedimiento, pues no impidió a las partes disfrutar del plazo

de 15 días para formular alegaciones ni limitó el alcance de las mismas. Si la precipitación en convocar a los interesados a un nuevo trámite del procedimiento expropiatorio hubiese impedido el análisis y resolución de las alegaciones planteadas ello afectaría a las actuaciones posteriores pero no invalida el trámite previo de información pública y práctica de alegaciones, sin que ello impida tampoco la posibilidad de ocupación inmediata de los bienes ( art. 52.1 de la LEF )”.

CUARTO.- Todo lo expuesto lleva a concluir, con la jurisprudencia de esta Sala, que en el procedimiento expropiatorio de urgencia no se requiere que el trámite de información pública tenga carácter previo a la declaración de necesidad de ocupación y que su realización en un momento posterior no afecta a la regularidad del procedimiento siempre que el trámite se ajuste a las exigencias establecidas en los arts. 18 y 19 de la LEF. En consecuencia debe rechazarse el planteamiento de la instancia en cuanto sostiene que la apertura del trámite de información pública en el procedimiento expropiatorio de urgencia con posterioridad a la aprobación del Proyecto, supone que tal aprobación ya no lleva implícita la declaración de necesidad de ocupación y debe producirse una posterior declaración de necesidad de ocupación y notificación personal a los afectados, cuya omisión determina la nulidad de pleno derecho del expediente expropiatorio y, como consecuencia, el incremento del justiprecio en un 25%”.

(STS 1078/2018, de 26 de junio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Scc.5ª.  
Ponente: Octavio Juan Herrero Pina).

## XIV. HACIENDA PÚBLICA

Anulación de actos: retroacción de actuaciones: interpretación del art.66 del Reglamento general de desarrollo de la LGT: la Administración tributaria debe tramitar y notificar la resolución del procedimiento de gestión retrotraído en el plazo que reste desde que se anuló el acto que puso fin al procedimiento causante de indefensión al interesado.

“QUINTO.- Contenido interpretativo de la actual sentencia.

Conforme lo hasta aquí expuesto y según ordena el artículo 93.1 LJCA, procede fijar la siguiente interpretación de las normas concernidas en este litigio:

1.º) El artículo 66.4 RGRVA, en relación con los apartados 2, 3 y 5 del mismo precepto, debe interpretarse en el sentido de que, anulada en la

vía económico-administrativa una comprobación de valores por falta de motivación y, por ende, la liquidación derivada de la misma, ordenando retrotraer las actuaciones para que se practique nueva comprobación y se apruebe otra liquidación, las nuevas actuaciones realizadas en el procedimiento retrotraído y la resolución que se dicte deben entenderse producidas en un nuevo procedimiento de gestión tributaria del artículo 134 de la LGT 2003; y no en un procedimiento de ejecución de resoluciones administrativas regido por el artículo 66 RGRVA.

2.º) Tratándose de procedimientos tributarios de gestión, el tiempo en el que debe ser dictada la nueva resolución, después de retrotraídas las actuaciones, se rige por el artículo 104.1 LGT y no por el artículo 150.5 LGT (actual artículo 150.7).

3.º) El artículo 104 LGT debe ser interpretado en el sentido de que, en una situación como la del presente litigio, la Administración tributaria debe tramitar el procedimiento retrotraído y notificar una resolución al interesado en el plazo que reste desde que se realizó la actuación procedimental causante de la indefensión del interesado, que determinó la anulación del acto administrativo que puso fin al procedimiento (en un caso como el litigioso el tiempo gastado desde la valoración inmotivada). Dicho plazo empieza a contarse desde el día siguiente a aquel en que se comunica la resolución anulatoria con retroacción de actuaciones al órgano competente para llevarla a puro y debido efecto”.

(STS 1078/2018, de 26 de junio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec.5ª. Ponente: Octavio Juan Herrero Pina).

#### XIV. HACIENDA PÚBLICA

IAJD: Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados: sujeto pasivo: escritura pública de constitución de préstamo con garantía hipotecaria: prestatario, en su condición de adquirente del negocio principal documentado: mantenimiento de la doctrina jurisprudencial anterior a las Sentencias de 16/10/2018, 22/10/2018 y 23/10/2018. Disposiciones administrativas generales (reglamentos): nulidad: efectos de esta sentencia respecto de la previa declaración de nulidad del art.68.2 del Reglamento del impuesto: tenía un valor meramente interpretativo o aclaratorio, su anulación es inane porque la sentencia hacer decir al Texto Refundido lo que éste decía desde un principio.

*SÉPTIMO.- Sobre la decisión del Pleno en relación con el recurso de casación y el sujeto pasivo del impuesto sobre préstamos hipotecarios.*

*1.- Sobre las alegaciones de la entidad recurrente. (...)*

De conformidad con lo todo lo expuesto hasta ahora, la posición del Pleno en relación con el objeto litigioso es la de confirmar la jurisprudencia vigente hasta ahora en el sentido de que el sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios regulados en el Título III sobre actos jurídicos documentados del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados es el prestatario. Dicha conclusión parte de lo que entendemos debe ser el criterio hermenéutico básico que ha de guiar la interpretación de los preceptos aplicables, en línea con la jurisprudencia constante de esta Sala y es que, en un negocio complejo como el del préstamo con garantía hipotecaria, el negocio jurídico básico, razón de ser de toda la operación contractual, es el préstamo, resultando la garantía hipotecaria un negocio derivado y siervo del anterior, sin el cual no existiría. El préstamo, por el contrario, tiene sentido y viabilidad en sí mismo, sin perjuicio de que sin la garantía hipotecaria estaría presumiblemente sometido a condiciones más rigurosas en beneficio del prestamista. Pues bien, si eso es así, es claro que desde un punto de vista tributario es el préstamo el que debe guiar la interpretación de las consecuencias tributarias que sean de rigor. Todo ello, como es evidente, a reserva de una previsión expresa del legislador en sentido contrario, como precisamente ha ocurrido con la aprobación por parte del Gobierno mediante un Real Decreto-ley, con posterioridad a la decisión de este asunto por el Pleno.

Entendemos que es a partir del mencionado criterio sustantivo como hay que interpretar los preceptos legales aplicables y no, como se hace en las sentencias dictadas en octubre por la Sección Segunda de la Sala, a partir del análisis fragmentario y parcial de tales preceptos. Esto es, entendemos que lo procedente es interpretar los artículos 8.b) y c), 15, 29 y 30 del Texto refundido a partir de dicho criterio, y no a formular una tesis opuesta construida mediante la interpretación parcial de dichos preceptos. En ese sentido y, como explicamos a continuación, no es posible aceptar la afirmación apodictica de la inaplicabilidad de los artículos 8 y 15 de la Ley a la cuestión controvertida por estar ubicados en el Título sobre transmisiones patrimoniales, excluyendo sin ulterior razonamiento su valor para el supuesto de los préstamos hipotecarios, como tampoco resulta convincente el peso otorgado a los argumentos relativos al carácter inscribible de la hipoteca o a la configuración de la base imponible del impuesto. Frente a tales criterios



debe prevalecer, por el contrario, el criterio material derivado de la propia naturaleza y sentido de los actos jurídicos que se integran en el negocio complejo del préstamo hipotecario en congruencia con lo dispuesto por los artículos 2.1 y 3 de la Ley, de los que se deriva la unidad del hecho imponible en torno al contrato de préstamo que da sentido al negocio complejo, según la jurisprudencia constante de la Sala. (...)

## 2. Sobre la nulidad del artículo 68.2 del Reglamento del impuesto.

Hay que valorar la diferencia que existe en el corpus normativo aplicable ahora respecto de los fallados por la Sección Segunda de esta Sala en las reiteradamente citadas sentencias de Octubre. Carece de relieve para la valoración de los recursos conocidos por este Pleno el hecho innegable de que el artículo 68.2 del Reglamento haya resultado anulado por las tres sentencias firmes ya citadas de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 de las que nos apartamos.

El artículo 72.2 de la LJCA dispone que las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y los preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada. La inserción en el periódico oficial tiene así, indudablemente, efectos para el futuro ya que todos los poderes públicos y, en especial, los jueces y Tribunales quedan vinculados, desde la fecha de publicación de la sentencia, a resolver cualquier proceso futuro sin aplicar o ejecutar la disposición reglamentaria que se ha declarado nula.

Puede producirse también en determinados supuestos una eficacia *ex tunc* de la sentencia. Mediante este término se trata de explicar, con variadas construcciones dogmáticas, la obligación ineludible que, también, y a partir de la fecha de publicación de la sentencia, recae sobre los jueces y Tribunales en el sentido de resolver todos los juicios pendientes en los que puedan tener conocimiento de la disposición anulada cuando se aprecie que la misma ha carecido de eficacia jurídica en forma originaria, desde el mismo momento de su formación o entrada en vigor hasta la fecha de la sentencia que la anuló o, dicho en otros términos, juzgando *tamquam non esset*; es decir, como si la disposición no hubiese existido nunca; a salvo, en todo caso, de aquellos supuestos en los que las normas procesales que sean de aplicación impidan discutir sobre una aplicación de la disposición anulada que ya no pueda ser revisada. La decisión de nulidad tiene entonces efectos retrospectivos o para el pasado, en cuanto invalida la disposición desde su origen.

La cuestión presenta mayor complejidad en este caso, al encontrarnos ante un impuesto cedido a las Comunidades Autónomas. Por limitarnos a la única que, conforme a la configuración de la relación jurídica-procesal, ha

sido parte en estos recursos -es decir la Comunidad de Madrid- baste decir que en la interpretación mantenida por la Sección Segunda hubiera sido preciso determinar la incidencia de la declaración de nulidad del artículo 68.2 del Reglamento en relación con el artículo 33 del Decreto legislativo autonómico 1/2010 de 21 de octubre, que -con rango de Ley- determina los tipos de gravamen aplicables a documentos notariales en los que se constituyan hipotecas en garantía de préstamos para la adquisición de viviendas, considerando sujeto pasivo al prestatario.

Sin embargo estas circunstancias, que no fueron objeto de precisión en las tres sentencias de la Sección Segunda ya citadas, carecen de todo relieve:

a) Porque en el caso de disposiciones interpretativas éstas, por serlo, no añaden al texto de la norma legal un significado distinto del que resulta de una recta interpretación de ella. El artículo 68.2 del Reglamento, que está indudablemente anulado a día de hoy, tenía un valor meramente interpretativo o aclaratorio, como demuestra con meridiana claridad la jurisprudencia anterior a él de que hemos hecho mérito anteriormente, que llegó a las mismas conclusiones que ahora se alcanzan antes de la expedición del citado artículo 68.2. Por eso su anulación es inane a efectos de nuestra interpretación o de cualquier impugnación.

b) Porque nuestra sentencia va a hacer decir al Texto Refundido lo que éste decía desde un principio, sin que pueda entenderse que las tres sentencias firmes de las que ahora nos apartamos, hayan alterado esas normas legales, o puedan imponerse para el futuro frente a lo que, correctamente entendidas, las mismas dicen.

*OCTAVO.- Respuesta a la cuestión de interés casacional planteada.*

En suma este Pleno debe resolver la cuestión de interés casacional surgida como consecuencia de las tres repetidas sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, en relación con el Auto de admisión y la jurisprudencia del Pleno de la Sala Primera de este Tribunal, con el siguiente sentido y alcance:

1º) El sujeto pasivo en el impuesto sobre actos jurídicos documentos cuando el documento sujeto es una escritura pública de constitución de un préstamo con garantía hipotecaria es el prestatario, en su condición de adquirente del negocio principal documentado, ello con base en el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

2º) Esta declaración, para dar cumplimiento al citado Auto de admisión, supone ratificar y mantener en sus mismos términos, sin necesidad de aclaración, matización o revisión, la doctrina jurisprudencial de esta Sala Tercera anterior a las sentencias dictadas los días 16, 22 y 23 de octubre de 2018 ( recursos por interés casacional objetivo 5350/2017, 4900/2017, y 1168/2017), que ha quedado expuesta en el fundamento jurídico sexto de esta sentencia.

3º) El efecto de las tres sentencias citadas queda reducido al ámbito procesal de los recursos resueltos en ellas.

(STS 1671/2018, de 27 de noviembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno. Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez).

#### XIV. HACIENDA PÚBLICA

IRPF: Deber legal de contribuir en el impuesto: estudiante becado en el extranjero por período superior a 183 días: interpretación del concepto de residencia habitual: el mero período de tiempo exime el deber de tributar; concepto de ausencia esporádica: atiende exclusivamente al dato de su duración, con independencia de la voluntad del sujeto de retorno al lugar de partida.

“SEGUNDO. *Criterios interpretativos sobre los artículos 8.1.a) y 9.1.a) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.*

Conforme a lo hasta aquí expuesto, y según ordena el artículo 93.1 LJCA, procede fijar la siguiente interpretación de los preceptos legales y reglamentarios concernidos en este litigio:

1.º) La permanencia fuera del territorio nacional durante más de 183 días a lo largo del año natural como consecuencia del disfrute de una beca de estudios, no puede considerarse como una ausencia esporádica a los efectos del artículo 9.1.a) de Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, esto es, a fin de determinar la permanencia en España por tiempo superior a 183 días durante el año natural y, con ello, su residencia habitual en España.

2.º) El concepto de ausencias esporádicas debe atender exclusivamente al dato objetivo de la duración o intensidad de la permanencia fuera del territorio español, sin que para su concurrencia pueda ser vinculado a la presencia de un elemento volitivo o intencional que otorgue prioridad a la

voluntad del contribuyente de establecerse de manera ocasional fuera del territorio español, con clara intención de retorno al lugar de partida”.

(STS 357/2018, de 6 de marzo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Scc.2ª.  
Ponente: Jesús Cudero Blas).

### XIV. HACIENDA PÚBLICA

Nulidad de pleno Derecho y anulabilidad: la utilización de un procedimiento de comprobación limitada o inspección para desembocar en un procedimiento de verificación de datos es un supuesto de nulidad de pleno Derecho.

“SEGUNDO- (...)

El artículo 131 de la LOT se refiere, con carácter de “*numerus clausus*”, a los casos en que se puede iniciar este procedimiento entre los que se encuentra, según la letra d) “cuando se requiera la aclaración o justificación de algún dato relativo a la declaración o autoliquidación presentada, siempre que no se refiera al desarrollo de actividades económicas”.

El TEAC y la sentencia impugnada consideran acertadamente que dada la complejidad de determinar cuándo se adquiere la condición de empresario a efectos del IVA y si a la fecha en que se transmitieron los terrenos por las personas físicas vendedoras se hubiera adquirido esta cualidad por realizarse actividades de urbanización, lo que se pretendía, en definitiva, era determinar si se desarrollaban o no actividades económicas, cuestión expresamente excluida de este procedimiento de gestión.

Siendo patente por tanto la improcedente utilización del procedimiento de verificación de datos, se plantea a continuación si la consecuencia ha de ser la nulidad de pleno derecho de lo actuado al amparo del artículo 217.1.e) de la LGT por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello.

En efecto, existe una utilización indebida del procedimiento de verificación “*ab initio*” pues la Administración utilizó dicho procedimiento precisamente para una finalidad que el propio artículo 131 prohíbe, con la consiguiente disminución de las garantías y derechos del administrado, y a su salida o resolución, pues en lugar de dar lugar a un procedimiento de comprobación limitada o inspección, se resuelve el fondo del asunto mediante la correspondiente liquidación pronunciándose sobre la actividad económica.

Por ello a la pregunta formulada por la Sección Primera sobre “Si la anulación de una liquidación tributaria practicada como desenlace de un procedimiento de verificación de datos, cuando debió serlo en uno de comprobación limitada, integra un supuesto de mera anulabilidad o uno de nulidad de pleno Derecho, con la consecuencia en este segundo caso, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la incapacidad de las actuaciones desarrolladas en el procedimiento de verificación de datos para interrumpir el plazo de prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación” ha de contestarse que la utilización de un procedimiento de verificación de datos, cuando debió serlo de uno de comprobación limitada, constituye un supuesto de nulidad de pleno derecho”.

(STS 1128/2018, de 2 de julio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Scc.2ª. Ponente: José Díaz Delgado).

#### XIV. HACIENDA PÚBLICA

IRPF: exenciones: prestación por maternidad a cargo del INSS: está incluida en el párrafo tercero del art. 7 h) de la LIRPF y se encuentra exenta del impuesto.

“TERCERO.- *La interpretación sistemática. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.*

La prestación por maternidad es el subsidio que gestiona la Seguridad Social que trata de compensar la pérdida de ingresos del trabajador a consecuencia del permiso de descanso por el nacimiento de un hijo, adopción, tutela o acogimiento, y durante ese periodo el contrato de trabajo queda en suspenso interrumpiéndose la actividad laboral; y a tenor del artículo 177 de dicha norma, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen.

En consecuencia la prestación por maternidad puede incardinarse en el supuesto previsto en el párrafo tercero de la letra h del artículo 7 de la LIRPF, y por ello el recurso de casación ha de ser desestimado y establecer como doctrina legal que “las prestaciones públicas por maternidad percibidas de la Seguridad Social están exentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”.

(STS 1462/2018, de 3 de octubre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Scc.2ª. Ponente: José Díaz Delgado).

#### XIV. HACIENDA PÚBLICA

Intereses de condena de cantidad líquida: *dies a quo*: comenzará el día de notificación a la Administración de la sentencia en primera o única instancia.

“QUINTO.- Resolución de la cuestión de interés casacional.

En consecuencia, resolviendo la cuestión de interés casacional identificada en el auto de admisión, procede declarar que el “dies a quo” para el cómputo del plazo del interés legal sobre la cantidad líquida a la que resulte condenada la Administración, a que se refiere el artículo 106 LJCA es la fecha de notificación de la sentencia de única o primera instancia a la representación procesal de la Administración demandada. Si bien la implantación generalizada del sistema de notificación telemática resta transcendencia a una eventual diferencia temporal entre la fecha de notificación de dicha sentencia a las distintas partes procesales, conviene identificar de forma precisa el “dies a quo” en la fecha de la notificación a la defensa de la Administración condenada al pago por evidentes razones de seguridad jurídica, pues sólo entonces se produce la plenitud de efectos para la parte condenada”.

(STS 1576/2018, de 31 de octubre, Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Ponente: Rafael Toledano Cantero).

#### XIV. HACIENDA PÚBLICA

IIVTNU (impuesto municipal de plusvalía): posibilidad de probar que no se ha producido incremento del valor del terreno; carga de la prueba: corresponde al obligado tributario; medio de prueba: cualquier válido en Derecho, incluso indiciaria.

“SÉPTIMO. *Criterios interpretativos sobre los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4, todos ellos del TRLHL, a la luz de la STC 59/2017.*

Conforme a lo hasta aquí expuesto, y según ordena el artículo 93.1 LJCA , procede fijar la siguiente interpretación de los preceptos legales concernidos en este litigio:

1º) Los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL, a tenor de la interpretación que hemos hecho del fallo y del fundamento jurídico 5 de la STC 59/2017 , adolecen solo de una inconstitucionalidad y nulidad parcial . En este sentido, son constitucionales y resultan, pues, plenamente aplicables, en todos

aquellos supuestos en los que el obligado tributario no ha logrado acreditar, por cualquiera de los medios que hemos expresado en el fundamento de derecho Quinto, que la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título (o la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos), no ha puesto de manifiesto un incremento de su valor o, lo que es igual, una capacidad económica susceptible de ser gravada con fundamento en el artículo 31.1 CE .

2º) El artículo 110.4 del TRLHL, sin embargo, es inconstitucional y nulo en todo caso (inconstitucionalidad total) porque, como señala la STC 59/2017 , «no permite acreditar un resultado diferente al resultante de la aplicación de las reglas de valoración que contiene», o, dicho de otro modo, porque «imp[ide] a los sujetos pasivos que puedan acreditar la existencia de una situación inexpressiva de capacidad económica ( SSTC 26/2017, FJ 7, y 37/2017 , FJ 5)». Esa nulidad total de dicho precepto, precisamente, es la que posibilita que los obligados tributarios puedan probar, desde la STC 59/2017 , la inexistencia de un aumento del valor del terreno ante la Administración municipal o, en su caso, ante el órgano judicial, y, en caso contrario, es la que habilita la plena aplicación de los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL”.

(STS 1163/2018, de 9 de julio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec.2ª.  
Ponente: Ángel Aguillo Avilés).

## XVIII. PERSONAL

Personal estatutario eventual (interinos): nombramiento abusivo: la solución jurídica aplicable no es la conversión en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma el art. 9.3, último párrafo, de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud; indemnización por nombramiento abusivo: cabe siempre que se haya deducido la pretensión y concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

“DECIMOSEXTO. *Respuestas a las cuestiones interpretativas planteadas en el auto de admisión*

Con las consideraciones efectuadas en los fundamentos anteriores estamos en disposición de dar respuesta a las incógnitas que el auto de admisión del recurso planteó en estos términos:

1ª. Si, constatada una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 EMPE, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15 ), la única solución jurídica aplicable es la conversión del personal estatutario eventual en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, o bien si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal.

2ª. Con independencia de la respuesta que se ofrezca a la cuestión anterior, si el afectado por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento.

La respuesta de esta Sección de enjuiciamiento del recurso de casación es la siguiente:

*Respecto a la primera cuestión:*

Ante aquella constatación, la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 9.3, último párrafo, de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

El estudio cuya realización impone esa norma, debe valorar, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones desempeñadas por ese personal, si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a su decisión, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 9.3, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas.



*Respuesta a la segunda cuestión:*

El/la afectado/a por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene derecho a indemnización.

Pero el reconocimiento del derecho: a) depende de las circunstancias singulares del caso; b) debe ser hecho, si procede, en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y c) requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión; invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y acredite por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que sólo podrá quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida.

Además, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa, y no a hipotéticas “equivalencias”, al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público”.

(STS 1425/2018, de 26 de septiembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Scc.4ª. Ponente: Segundo Menéndez Pérez).

## XVIII. PERSONAL

Personal estatutario eventual (interinos): modo de adquisición del grado personal establecido en el art.70.2 RD 364/1995: les es de aplicación, a la luz del Derecho europeo.

### SEXTO (...)

a) Que el grado personal y sus efectos jurídicos han de ser incluidos en el ámbito o en el concepto de “*condiciones de trabajo*” que utiliza la cláusula transcrita, pues así resulta de las SSTJUE, entre otras, de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, *C-307/05*, apartado 47; 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, *C-444/09* y *C-456/09*, apartados 50 a 58; 12 de diciembre de 2013, Carratù, *C-361/12*, apartado 35; y 13 de marzo de 2014, Nierodzik, *C-38/13*, apartado 25; o del auto de la Sección Segunda de ese Tribunal de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez, *C-556/11*, apartados 38, 39, 45, 52 y 54; y, en fin, de la idea reiterada en su jurisprudencia según la cual *todo aspecto vinculado al “empleo” como equivalente a*

*la relación laboral entre un trabajador y su empresario debe quedar integrado en el concepto de “condiciones de trabajo”.*

b) Que el actor era “comparable”, como también exige la cláusula 4, al funcionario fijo que hubiera desempeñado el mismo trabajo que desempeñó aquél durante aquellos doce años, pues, amén de que nada se argumenta en contra por la parte recurrente, la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco define al “trabajador con contrato de duración indefinida comparable” como “un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña”. Punto, éste, en el que también debe recordarse lo que el TJUE afirma con reiteración: *para apreciar si los trabajadores realizan un trabajo idéntico o similar, en el sentido del Acuerdo, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable* (SSTJUE de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11 , apartado 42, y de 14 de septiembre de 2016, De Diego Porras, C-596/14 , apartado 40. Y *auto del mismo Tribunal de 21 de septiembre de 2016, Álvarez Santirso, C-631/15, apartado 43*). Repetimos, nada en contra se argumenta por la parte recurrente.

c) Y, por último, tampoco se ha justificado en el caso que enjuiciamos que el trato diferente obedezca a *razones objetivas* . Nada argumenta la parte recurrente, otra vez, en contra del párrafo de la sentencia recurrida que razona: *Como también ha sostenido reiteradamente el TJUE corresponde en principio al tribunal nacional pronunciarse sobre si, cuando ejercía sus funciones como funcionario interino, el demandante se hallaba en una situación comparable a la de los funcionarios de carrera, y para ello el canon al uso es el de la diferenciación por “razones objetivas”, es decir por relación a los requisitos objetivos de las plazas servidas, por las características del empleo, o por el nivel de formación requerido para el desempeño de los puestos de trabajo, razones objetivas que la Administración no se ha esforzado en decantar para este caso, lo que nos conduce indeclinablemente a considerar que el único motivo por el que se ha denegado la consolidación de grado personal al recurrente es la naturaleza temporal de su vínculo laboral con la Administración demandada, práctica proscrita por la Directiva 1999/70, en la interpretación constante que de la misma viene efectuando el Tribunal de Justicia.*

SÉPTIMO. *Respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión.*

En aplicación de lo razonado, debemos responder que lo dispuesto en el artículo 70.2 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 364/1995, que establece el modo de adquisición del grado personal, resulta de aplicación no sólo a

los funcionarios de carrera, sino también a los funcionarios interinos, y ello a la luz de la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada”.

(STS 1781/2018, de 7 de noviembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Scc.4ª. Ponente: Segundo Menéndez Pérez).

## XVIII. PERSONAL

ISFAS; Junta de Gobierno: RD 641/2016 por el que se modifica el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas para regular su composición: infracción del art.14 CE: discriminación injustificada de los Guardias Civiles: nulidad.

“CUARTO.- (...)

la Sala no encuentra suficiente la razón en la que el Abogado del Estado sienta esa justificación: la limitación reglamentaria del número de vocales de la Junta de Gobierno del Instituto Social de las Fuerzas Armadas.

De un lado, la consistencia de ese argumento se resiente a la vista de que no ha habido problemas para, mediante el Real Decreto recurrido, alterar la composición reglamentaria del órgano y, sin aumentar el número de vocales, crear el vocal que representa a las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas representadas en su Consejo de Personal. No parece, pues, que una razón de esa entidad sea bastante para fundamentar la diferencia de trato.

De otro lado, la limitación del número de componentes de la Junta de Gobierno descansa en una disposición reglamentaria --el Real Decreto 451/2012-- preocupada esencialmente por “lograr la máxima austeridad y eficacia en el sector público en general y en especial en el empresarial” --según dice su preámbulo-- y dedicada a regular “el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades”, según su propio título. Disposición ciertamente condicionada por las circunstancias existentes cuando se dictó y, en todo caso, dirigida en especial a un ámbito --el sector público empresarial, contemplado también por el Real Decreto 1656/2012-- del que el Instituto Social de las Fuerzas Armadas se encuentra lejos. Por lo demás, no se han puesto de manifiesto razones retributivas específicas que impidan superar por vía reglamentaria

una limitación impuesta en circunstancias diferentes a las actuales y para un ámbito distinto al de las entidades de previsión o de carácter asistencial también por vía reglamentaria.

En estas condiciones, la justificación ofrecida por el representante de la Administración se desvanece y, no advirtiéndose otra en el expediente, nos encontramos con una diferencia de trato no aceptable desde las exigencias que impone el principio de igualdad proclamado por el artículo 14 de la Constitución.

El recurso, por tanto, debe ser estimado y el Real Decreto 641/2016 declarado nulo”.

(STS 709/2018, de 26 de abril, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec.4ª. Ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva).

## XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Subsanación de solicitud: presentación de la documentación requerida fuera de plazo otorgado, pero antes de haber recaído resolución de archivo por desistimiento: criterio antiformalista: estimación del recurso.

“CUARTO.- (...)

Aun cuando es cierto que la subsanación tiene lugar una vez transcurrido el plazo legal de diez días otorgado en el requerimiento, también lo es que una vez aportados los elementos necesarios para dar lugar a la iniciación del procedimiento administrativo ex artículo 70 LRJPAC, la resolución que declara el desistimiento por inactividad no resulta coherente con la conducta desplegada previamente por el interesado, que ya ha completado su solicitud en los términos exigidos en la Ley. Tampoco es proporcionada la consecuencia de la terminación y archivo del procedimiento cuando, de facto, y a iniciativa del solicitante, se ha producido la subsanación de los errores advertidos y puestos de manifiesto en el requerimiento, cuando no existan otros intereses concurrentes y debidamente justificados por la Administración.

En fin, la lógica antiformalista que subyace en el procedimiento administrativo -entre otros el propio artículo 71 que contempla la subsanación, el artículo 76, para la tramitación, como hemos razonado-, la ratio inspiradora de estas previsiones y los principios jurisprudenciales expuestos son aplicables al inicio del procedimiento administrativo. Los criterios que rigen en el procedimiento administrativo, favorable a la

tramitación, son también trasladables -en defecto de previsión en contra a los supuestos de iniciación como el examinado, en los que el interesado por su propia iniciativa presenta de forma completa los elementos necesarios para dar comienzo al procedimiento con anterioridad a la resolución de desistimiento. Declaración de desistimiento y archivo que se sustenta, en exclusiva, en la inactividad del interesado para corregir el defecto advertido, cuando tal premisa ya se ha superado.

Una vez cumplimentadas las omisiones, no existe ningún obstáculo para atemperar las rigurosas consecuencias del incumplimiento del plazo de diez días, cuando no concurre otro interés protegible y precisamente se ha procedido a observar lo requerido antes de que la Administración haya cumplido la exigencia de dictar resolución ordenando archivar la petición por haber perdido el trámite que se dejó de utilizar. De modo que atendiendo al criterio de proporcionalidad entre la finalidad del requisito, la entidad real de la deficiencia advertida y las consecuencias que de su apreciación pueden seguirse, llevan a concluir que, con la excepción indicada, la ulterior actuación del interesado que atiende al requerimiento de subsanación ha de tener virtualidad iniciadora del procedimiento.

## QUINTO

Así pues, la interpretación que hemos realizado de los artículos 71.1 y 76.3 de la LRJPAC, lleva a la conclusión de que la subsanación realizada por la recurrente era conforme a derecho, no tanto por la aplicación del artículo 76 mencionado sino por la interpretación que hemos efectuado del propio artículo 71 en el fundamento jurídico cuarto. Esto nos lleva a declarar que no ha lugar al recurso de casación por cuanto la sala de instancia aceptó la pretensión de la recurrente, aunque fuera por la interpretación de dichos preceptos que no coincide con la que ahora establecemos”.

(STS 1342/2018, de 19 de julio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sc.3<sup>a</sup>. Ponente: Isabel Perelló Domenech).

## XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Silencio administrativo positivo: supuestos de aplicación: el procedimiento para que un militar de tropa y marinería ingrese en la carrera militar se inicia de oficio y la falta de resolución no produce silencio positivo; el silencio no se aplica a cualquier petición que se dirija a la Administración, sólo opera

en el marco de alguno de los procedimientos reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico.

“SÉPTIMO.-

El procedimiento administrativo a seguir para que un militar de tropa y marinería obtenga la condición de permanente e ingrese, así, en la carrera militar, es un procedimiento selectivo dirigido a cubrir las plazas que se determinen en la provisión anual y compuesto de dos fases: de evaluación y de selección a través de un concurso-oposición. De ahí derivan ya tres inmediatas consecuencias: a) que tal procedimiento deba conceptuarse como uno de los que han de iniciarse de oficio; b) que las solicitudes anteriores a ese inicio que lleguen a deducir los interesados sólo puedan tener por objeto o ir encaminadas a instar a la Administración para que lo inicie; y c) que una solicitud anterior en la que se pida directamente la atribución de aquella condición no pueda surtir efecto jurídico alguno, por su oposición frontal al procedimiento requerido por las normas legales y reglamentarias relativas al modo de obtener lo que se solicita.

Por ende, aquella solicitud de 6 de octubre de 2014 no quedó regida por lo dispuesto en el art. 43 de la Ley 30/1992, referido al silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado, y sí por lo previsto en el art. 44 de la misma Ley, en el que se regula la falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio (...)

*la sentencia dictada por el Pleno de esta Sala Tercera en el recurso de casación núm. 302/2004, de fecha 28 de febrero de 2007, consideró equivocada la tesis según la cual cualquier petición del administrado da lugar o debe dar lugar, a “un procedimiento iniciado a solicitud del interesado” (...) Claramente se ve que en la mente del legislador estaba el aplicar el régimen de silencio positivo no a cualquier pretensión, por descabellada que fuera, sino a una petición que tuviera entidad suficiente para ser considerada integrante de un determinado procedimiento administrativo. Y así resulta de la Disposición Adicional 3ª LPAC que manda adecuar los procedimientos existentes a la nueva regulación de la LPAC, y tras esa previsión se publican varios R.R.DD de adecuación, hasta llegar a la resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 20-III-96 que publica la relación de procedimientos de la Administración General del Estado. (...) la sentencia dictada por el Pleno de esta Sala Tercera en el recurso de casación núm. 302/2004, de fecha 28 de febrero de 2007, consideró equivocada la tesis según la cual cualquier petición del administrado da lugar o debe dar lugar, a “un procedimiento iniciado a solicitud del interesado” (...) El silencio regulado en los artículos 43 y 44 sólo opera en el marco de alguno de los procedimientos reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico,*

*estén o no estén recogidos como tales en las normas reglamentarias de delimitación de procedimiento.*

OCTAVO. *Respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión.*

En aplicación de lo razonado, debemos responder que el silencio administrativo positivo que preveía el último inciso del *párrafo segundo del artículo 43.1 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre*, no opera cuando, estando previsto normativamente un procedimiento singular para alcanzar el efecto jurídico solicitado, la solicitud se desentiende de sus trámites y se sujeta sólo a las reglas generales del procedimiento administrativo común”.

(STS 1590/2018, de 6 de noviembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Scc.4ª. Ponente: Segundo Menéndez Pérez).

## XX. RESPONSABILIDAD.

Acción de indemnización: anulación de licencia de obras y orden de demolición: reclamación de daños y perjuicios: doctrina general sobre *dies a quo* del plazo de ejercicio: transcurso de un año desde que recayó la sentencia definitiva que anuló la licencia: prescripción.

### “SÉPTIMO

De acuerdo, pues, con todo lo expuesto, confirmamos la interpretación realizada por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia considerando como interpretación más acertada de los artículos 139.2 , y 142.4 y 5 de la LRJPA -en los supuestos en los que la ejecución de la sentencia implica la demolición de lo construido- la que señala que, como regla general, debe ser la fecha de la firmeza de la sentencia anulatoria del acto o disposición impugnados la que determina el inicio del plazo anual 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.

Esta, pues, es la doctrina que, con carácter general, resulta procedente establecer.

Así lo veníamos señalando -de forma reiterada- en nuestra jurisprudencia, de la que es representativa la STS (Recurso de revisión) 662/2018, de 24 de abril (...)

### OCTAVO

Pues bien, de conformidad con la anterior doctrina, debemos declarar no haber lugar al recurso de casación deducido contra la STSJ de Galicia de 14 de diciembre de 2016, dictada en el Recurso Contencioso-administrativo 7136/2012 ), pues fue mediante la STS de 26 de diciembre de 2001 como devino firme la Sentencia 452/1997, de 8 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia , que declaró la nulidad de la licencia concedida para la construcción del inmueble. Por ello la reclamación formulada en fecha de 27 de mayo de 2011, tal y como razona la sentencia impugnada, es extemporánea al haber transcurrido, en el momento de su presentación, el plazo de un año desde que se dictó la sentencia definitiva que anuló la licencia de la que trae causa la reclamación (artículo 142.4 de la LRLPA), sentencia que ya permitía conocer la existencia y el alcance del daño que se reclama y posibilitaba iniciar el cómputo del plazo de prescripción con arreglo al citado precepto, pues, ya en ese momento, los recurrentes conocían que la anulación de la licencia era firme e irrevocable y debía procederse a la demolición de lo realizado a su amparo.

(STS 1174/2018, de 10 de julio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Scc.5ª. Ponente: Rafael Fernández Valverde).

### XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Suelo y ordenación urbanística: recalificación urbanística de terrenos de uso forestal en caso de incendio: excepción a la prohibición de recalificación durante al menos 30 años: falta de informe preceptivo y vinculante del órgano forestal: motivación insuficiente: anulación procedente.

#### “SEXTO.-

Cuando ha habido un incendio, por tanto, la regla es que en principio queda prohibido el cambio de uso forestal (por treinta años), aunque no menos cierto es que cabe excepcionalmente la recalificación si: 1º el cambio de uso hubiese estado previsto con anterioridad (la prohibición es absoluta si la recalificación tiene lugar después de acontecido el incendio), y 2º la ordenación proyectada hubiese merecido una evaluación ambiental favorable (junto a esta hipótesis, se prevén otras dos alternativas, que no resultan relevantes ahora).



(...) entiende esta Sala que no cabe verificar la concurrencia del doble presupuesto exigido por el precepto que estamos examinando (artículo 50.1 de la Ley de Montes) al que antes nos referimos para que la Administración pueda sin más acogerse a la excepción prevista en dicho precepto. Explicamos por qué.

Desde luego, si la causa del incendio (posterior) está en la mano del hombre, será tanto más difícil apelar al artículo 50.1 de la Ley de Montes para ptrecharse en la excepción contemplada en él, partiendo siempre de la existencia, con anterioridad, de una declaración ambiental favorable.

Actúa correctamente al órgano emisor del informe en el caso, pues, cuando da cuenta de la existencia de dicha declaración, así como de la atribución a un caso fortuito de la causa del incendio. Pero, con ser ello importante, no resulta suficiente.

(...) De este modo, al menos, insistimos, en supuestos como el que nos ocupa, no basta constatar que la actuación urbanística estuviese prevista con anterioridad y que hubiese recaído sobre ella una declaración de impacto favorable para aplicar sin más la excepción prevista en el artículo 50.1 de la Ley de Montes. En garantía del principio de integridad forestal que esta normativa mira a preservar, hace falta ofrecer alguna razón por la que la supresión del uso forestal es ambientalmente admisible o, si se prefiere, hace falta justificar la no necesidad de proceder a la restauración ambiental de los terrenos incendiados.

Esto es -y si se quiere, en otras palabras-, del tenor literal del artículo 50.1 de la Ley de Montes no resulta una interpretación que permita entender que todos los terrenos forestales incendiados con posterioridad puedan acogerse sin más a la excepción y que, consecuentemente, hayan de quedar directamente excluidos de la norma general asimismo prevista en este artículo.

A falta de proporcionarse una singular justificación para el caso en los términos expuestos, por tanto, hemos de dar por insuficientemente motivado el informe emitido en el supuesto de autos.

(STS 1031/2018, de 18 de junio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Scc. 5ª. Ponente: José Juan Suay Rincón).



# **Tribunal Superior de Justicia de Andalucía<sup>1</sup>**

## **IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**

Subvenciones : ayudas a la formación profesional para el empleo: reclamación de cantidades pendientes de pago; el acto del beneficiario de una subvención otorgada por acto firme de la Administración, por el que se justifica el cumplimiento de la actividad a que se obligó con el otorgamiento de la subvención, constituye una actuación a la que aquel viene obligado, que no inicia un procedimiento administrativo sujeto a un plazo máximo de resolución conforme al art. 43.2 de la LPAC. La Administración viene obligada al abono de la subvención concedida o la cantidad parcial pendiente una vez verificada la completitud de la justificación presentada: abono procedente. Doctrina casacional al respecto del Tribunal Supremo.

Tiene por objeto el presente recurso jurisdiccional analizar y decidir sobre la conformidad a Derecho de la inactividad por parte de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía ante la solicitud del recurrente de fecha 4 de mayo de 2016 de liquidación total y pago de la ayuda otorgada y no abonada, en el expediente 41/2010/J/461 (y 41/2011/J/1130, por parte de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía, por importe final de 79.390,90 euros del total concedido

Por la parte recurrente, se alega que ha acreditado convenientemente haber requerido a la Administración para realizar la actuación a la que venía obligada consistente en el pago del resto de la subvención pendiente.

Por su parte, la Administración demandada opone, en cuanto al fondo, que es ajustada a derecho la resolución recurrida interesando la desestimación del recurso.

Sostiene la recurrente que le fueron otorgadas dos subvenciones las cuales fueron realizadas satisfactoriamente y, dentro del plazo de los tres meses siguientes a su finalización, presentó el 25 de julio de 2012 las correspondientes cuentas justificativas de cada uno de los cursos para su debida comprobación y liquidación, en unión de informes de la auditoría y de la restante documentación prevista en el artículo 102 de la orden de 23 de octubre de 2009 (LAN 2009, 454).

---

<sup>1</sup> Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

Conforme a dicha documentación acreditó las cantidades que relata en su escrito rector.

En el expediente 41/2010/J/461, una vez deducidas las sumas justificadas como gastos subvencionables por la impartición de los cinco cursos comprometidos, resulto una cantidad a su favor de 53.004.50 euros, saldo que debería haber liquidado a la actora en el plazo máximo de tres meses siguientes a la presentación de las cuentas justificativas, es decir, antes del mes de noviembre de 2012.

Transcurridos cuatro años desde aquella fecha sin resolver expresamente nada acerca de la liquidación final del expediente, en fecha 8 de julio de 2016 presentó escrito reclamando el pago de la cantidad adeudada.

En el expediente de subvenciones 41/2011/J/1130, igualmente, tras presentar la documentación justificativa con fecha 8 de julio de 2016 interpuso solicitud de pago del saldo que le correspondía.

Siendo numerosos los recursos impugnados y admitidos en casación, la STS de 6 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1367) , Rec. 557/2017 , resolviendo los mismos, añade una nueva doctrina para la solución de este asunto, pues en líneas generales establece que el acto del beneficiario de una subvención otorgada por acto firme de la Administración por el que se justifica el cumplimiento de la actividad a que se obligó con el otorgamiento de la subvención, constituye una actuación a la que aquel viene obligado, que no inicia un procedimiento administrativo sujeto a un plazo máximo de resolución conforme al art. 43.2 de la LPAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) (actual art. 21.3 de la Ley 39/2015 (RCL 2015, 1477), de Procedimiento Administrativo Común ) y que la Administración viene obligada al abono de la subvención concedida o la cantidad parcial pendiente, una vez verificada la completitud de la justificación presentada, comprobación para lo que dispone del plazo fijado en las bases reguladoras de la subvención, que en este caso es de tres meses, sin que puede resultar de aplicación, para esta limitada actuación de comprobación de la justificación, el plazo de prescripción de la acción de reintegro o declaración de la pérdida del derecho a la subvención que regula el art. 39 de la Ley General de Subvenciones (RCL 2003, 2684)

Esta misma Sala, Sección Primera, en sentencia de fecha 18 de mayo de 2018 , recaída en el recurso ordinario 348/2015, reflejando la doctrina de la casación señalada, expone que: “ Alega la entidad actora que una vez finalizadas estas acciones formativas y habiendo cumplido diligentemente en plazo con las obligaciones de justificación y liquidación de la ayuda, la

Administración no cumplió con la obligación de pago de las cantidades restantes. Habiendo reclamado en reiteradas ocasiones a la Administración demandada el abono de estas cantidades, no ha obtenido su pago, por lo que dirige su pretensión frente a la desestimación por silencio de su petición de pago; y, reclama de este modo el pago de la cantidad restante de la ayuda con número de expediente 41/2010/J/60, que asciende a la suma de 64.389,73 euros y, respecto de la ayuda con número de expediente 41/2011/J/1026, el pago de la cantidad de 67.064,34 euros, debiendo ambas incrementarse con los intereses legales que se devenguen.

(...) Como se expone por la demandada en su escrito de conclusión, debe estar en la resolución de la presente controversia a la doctrina casacional sentada recientemente por el tribunal Supremo, entre otras, en su STS, Contencioso sección 4 del 6 de marzo de 2018 (ROJ: STS 1066/2018-ECLI:ES:TS:2018:1066 ). No procede por lo tanto acceder a la petición de suspensión del procedimiento que interesaba inicialmente a la demandada en su contestación. Por otra parte, ha venido a señalar el Tribunal Supremo en esta sentencia que “(...) el acto del beneficiario de una subvención otorgada por acto firme de la Administración por el que se justifica el cumplimiento de la actividad a que se obligó con el otorgamiento de la subvención, constituye una actuación a la que aquel viene obligado, que no inicia un procedimiento administrativo sujeto a un plazo máximo de resolución conforme al art. 43.2 de la LPAC (actual art. 21.3 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común). (...)”. Y, por otra parte, que “(...) La Administración viene obligada al abono de la subvención concedida o la cantidad parcial pendiente, una vez verificada la completitud de la justificación presentada, comprobación para lo que dispone del plazo fijado en las bases reguladoras de la subvención, que en este caso es de dos meses, sin que puede resultar de aplicación, para esta limitada actuación de comprobación de la justificación, el plazo de prescripción de la acción de reintegro o declaración de la pérdida del derecho a la subvención que regula el art. 39 de la LGS . (...)”.

De este modo, justificada y verificada la documentación justificativa presentada, la Administración debió haber procedido al pago de las resoluciones firmes de otorgamiento de la ayuda. Señala empero la demandada la presencia de sendos requerimientos de documentación justificativa no atendidos: EXP 41/2010/J/0060: Requerimiento de 28 de junio de 2016; y, EXP 41/2011/1026: Requerimiento de 28 de junio de 2016. De esta última circunstancia extraería esta parte la procedencia del impago hasta que la justificación documental presentada (cuenta justificativa y

demás documentos complementarios) no hubieran sido objeto de ningún reparo y una vez solventados los distintos requerimientos.

Este óbice sin embargo no puede ser compartido en el presente supuesto. En este sentido, no es posible desconocer que ambos requerimientos fueron realizados por la demandada en el mes de junio de 2016, esto es, más de tres años después de la presentación de la última justificación por parte de la beneficiaria. Distingue el Tribunal Supremo en aquella sentencia entre la verificación de la justificación presentada por el beneficiario, actividad que es la que viene a desarrollar la Administración a partir de aquellos requerimientos de documentación, y, por otra, la comprobación de la actuación comprometida. “(...) Son dos actuaciones distintas no sólo porque así las enuncia el art. 32 de la LGS, sino porque tienen finalidades y ámbitos de actuación diversos. La primera, la verificación o comprobación de la justificación, es de naturaleza formal y está destinada a contrastar la completitud de la justificación presentada, como paso previo a autorizar el pago. Por ello debe desarrollarse en un plazo breve, atendido su limitado ámbito de comprobación. La segunda, de comprobación de la actividad o adopción del comportamiento para el que se otorgó la subvención puede tener un alcance mucho más amplio y por ello perdura en tanto no prescriba la acción de reintegro ( art. 39.1 de la LGS ). Por tanto, la verificación o, como dice el art. 32.1 LGS, la comprobación de la justificación, por una parte, y la comprobación de la realización de la actividad y cumplimiento de la finalidad que determinó la concesión o disfrute de la subvención, por otra, son actividades administrativas distintas, que no están sujetas a un régimen temporal común, como pretende la recurrente. Para la comprobación de la idoneidad y completitud de la justificación el plazo ha de ser necesariamente breve, pues se trata de contrastar que la documentación está completa a tenor de lo exigido en las bases de la convocatoria, y justifica la realización de la actividad que se había comprometido el beneficiario. (...)”.

Es cierto que, como asimismo se razona, nada impide que en el marco que ofrece la primera fase de verificación se considere insuficiente la documentación justificativa presentada por el beneficiario y se le requiera para que la complemente, “(...) Pero lo que no cabe es dilatar esa fase de verificación documental, necesariamente breve por su finalidad limitada, so pretexto de que la facultad de comprobación queda abierta en tanto no prescriba la acción de reintegro. (...)”.

Con arreglo a la anterior doctrina casacional, no es posible estimar la tesis de la recurrente que en su demanda lleva a considerar, ante la falta de previsión

normativa en la resolución de concesión o en la Orden de aplicación acerca del plazo máximo para la realización de esta actividad de verificación, a la aplicación subsidiaria la Ley 39/15, de 1 de octubre, que en su art. 21.3 previene que, cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen un plazo máximo para resolver, éste será de tres meses. Sin embargo, tampoco puede llevar la anterior circunstancia a desconocer, como toma efectivamente en cuenta el Tribunal Supremo, que las resoluciones de concesión también tenía en consideración lo dispuesto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio (RCL 2006, 1471, 2038), y el Decreto autonómico 254/2001, de 20 de noviembre (LAN 2001, 427). Y, como ha dicho esta misma Sección, en sentencia de 27 de abril de 2018 (JUR 2018, 176219), recurso número 75/2015, siguiendo precisamente la anterior jurisprudencia, el superior rango de esta normativa obliga a la Administración a abonar la cantidad parcial pendiente, una vez verificada la completitud de la justificación presentada, debiendo efectuarse la comprobación dentro del plazo que fijen las bases reguladoras de la subvención y sin que resulte de aplicación, para esta limitada actuación de comprobación de la justificación, el plazo de prescripción de la acción de reintegro o declaración de la pérdida del derecho a la subvención que regula el art. 39 de la LGS. Y, que para revisar la justificación presentada y tramitar el pago la Administración también estaba constreñida a un plazo, cuya realidad, pese a no aparecer explícitamente establecida, puede inferirse por vía interpretativa a la vista de los términos en que la ayuda fue concedida y que desde luego no puede llevar, como en este caso, a prolongar dicha posibilidad durante más de dos y tres años respectivamente desde que se presentó la documentación justificativa, para librar una vez interpuesto además el recurso contencioso-administrativo sendos requerimientos de documentación.

Más aún, el tenor y propio discurso de estos dos requerimientos impiden considerar que se hallen encuadrados dentro de la citada posibilidad de verificación y hayan logrado articularse por otra parte de un modo eficaz, pues de la documentación que se incorpora al expediente no consta su efectiva notificación. La propia recurrente ya señaló en su demanda sobre este extremo que los requerimientos obtuvieron el resultado de devuelto y fue realizado, en relación con el expediente 41/2010/J/60 cuatro años después de la presentación de la justificación económica de la ayuda que se presentó en el año 2012; y, que la notificación de dicho requerimiento de subsanación no surtió efecto, no resultando eficaz por lo que se está aun a pendiente

de su publicación edictal. Y esta última circunstancia es la que se deduce necesariamente del confuso expediente remitido por la Administración y de su complemento, en el que además aparece dicho requerimiento seguido de documentación justificativa de la realización de los cursos sin mayor valoración al respecto. Por otra parte, el documento firmado el 21 de junio de 2017 por el Jefe de Servicio de Formación para el Empleo en respuesta a la nota interior número 432/2017 ofrece una información que precisamente ilustra en el anterior sentido; así, respecto al expediente 41/2011/J/1026 CEFASA señala que queda pendiente el 50% a expensas del análisis de la documentación presentada por la entidad de liquidación de gastos; y, en cuanto al expediente 41/2010/J/60 CEFASA, queda pendiente el 25% que no se ha liquidado pues no contesta al requerimiento realizado, que fue remitido el 28 de junio de 2016, pero que fue devuelto el 12 de julio siguiente por desconocido, siendo devuelto y quedando pendiente de publicar el requerimiento en BOJA y BOE.

No consta por lo tanto reparo debida y eficazmente articulado con el fin de verificar al menos en un tiempo razonable la debida justificación de las acciones formativa. Debe en consecuencia estarse a lo dispuesto por el Tribunal Supremo en aquella sentencia, “(...) Por consiguiente, la Administración demandada venía obligada a la ejecución del acto firme de concesión de la subvención, una vez acreditado el cumplimiento de la condición a que estaba subordinado el derecho ya declarado en la resolución de concesión. La justificación documental presentada (cuenta justificativa y demás documentos complementarios) no ha sido objeto de ningún reparo una vez solventados los distintos requerimientos.

(...)

Es por ello que se ha acreditado tanto el derecho de la beneficiaria como la pasividad de Administración en el cumplimiento y ejecución de un acto administrativo firme, como es el de concesión de la subvención, del que se derivan, no ya meras expectativas, sino auténticos derechos, que se han consolidado desde el punto y hora que el beneficiario ha cumplido con las obligaciones de justificación a que venía subordinada la efectiva percepción de la subvención”.

La estimación por lo demás del recurso contencioso-administrativo debe ser íntegra, pues al margen de la calificación que hace la recurrente de la actividad impugnada, ha tomado en cuenta también el Tribunal Supremo en aquella sentencia, valorando los diversos fundamentos de la pretensión deducida, en los que se refiere tanto a la inejecución o inactividad respecto a



al acto firme de concesión, como a desestimación presunta por silencio, que “(...§) Ahora bien, ante una situación en que la Administración ha dejado pasar, no ya meses, sino años, en una situación de inactividad, resulta secundario si la demanda ha orientado la pretensión como impugnación de un acto presunto, o como una inactividad de la Administración en el cumplimiento de la actuación a que venía obligada, o finalmente como la inejecución de un acto firme cuyo cumplimiento se reclame. Todas estas formas de actuación administrativa son impugnables, a tenor del art. 25 de la LJCA (RCL 1998, 1741) . La Administración no puede obtener ventaja de su falta de respuesta e inactividad cuando no ofrece una mínima justificación de su proceder, dejando transcurrir mucho más de los dos meses que prevé el art. 36.5 de la Orden de 31 de octubre de 2008 (LAN 2008, 516) para expedir el documento contable a partir del momento de la justificación. (...)”.

Idénticas consideraciones resultan por lo tanto ahora aplicables, pues al margen de aquella consideración de la actividad impugnada, la jurisprudencia aplicada en el marco de los hechos y características propias que ofrece este supuesto debe llevar a reconocer el derecho de la recurrente a obtener en su integridad el importe de las cantidades pendientes de pago a tenor de sendas resolución de concesión. Por ello, el recurso debe ser estimado.”.

En el presente caso no consta que la justificación fuera insuficiente. Aduce de contrario la Administración demandada que, aportando documentación la recurrente y no constando dictado de la liquidación a la que se refiere el artículo 99.5 de la Orden reguladora, lleva a determinar qué esa documentación aportada siguió estando incompleta, resultando injustificadas las subvenciones objeto del recurso, no pudiendo ejecutarse, por tanto, el acto firme de concesión de la subvención.

Este argumento debe rechazarse pues del examen del voluminoso expediente no resulta tal cosa, antes al contrario, que no fue opuesto reparo alguno a las cuentas aportadas por la actora en el desarrollo y ejecución de las respectivas subvenciones. Así se desprende del índice del complemento de expediente, páginas 1590 y 1596, en las que consta acuse de recibo con fecha de notificación 1 de julio de 2016 del requerimiento de documentación efectuado por el Servicio de Formación de Empleo. En las páginas 1597 a 1758, consta la contestación y copias de la documentación aportada con fecha 8 de julio de 2016 para la justificación de los cursos con motivo del requerimiento efectuado por el Servicio de Formación de Empleo notificado con fecha también 1 de julio de 2016. En las páginas 1759 a 1884, consta la contestación y copias de la documentación aportada con fecha 1 de julio

de 2016. En todos estos casos se aporta la Memoria Económica Abreviada, documentos contables certificación de alumnos que han acabado las prácticas y aportado los documentos de seguimiento de los respectivos cursos, sin que en ninguno de ellos conste que a dicha documentación haya opuesto reparo alguno la Administración.

En el expediente igualmente no consta que se haya puesto reparo alguno a los documentos contables, de seguimiento y a la documentación relativa a la justificación económica.

Por todo ello corresponde la estimación del recurso.

De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción (RCL 1998, 1741) procede la condena de la Administración al pago de las costas; si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le otorga el apartado 3 del mismo precepto, y dada la cuantía, complejidad del pleito y actividad procesal desarrollada señala que la cifra máxima que en concepto de honorarios de abogado podrá incluirse en la tasación de costas alcanza, por todos los conceptos, la suma de mil euros (1000 euros).

(St de trece de junio de dos mil dieciocho. Sala de Sevilla. Ponente Pablo Vargas Cabrera)

### XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. EXTRANJERIA. NO ES POSIBLE SOLICITAR EN EL PROCESO CONTRA LA EXPULSIÓN UNA AUTORIZACIÓN DE ESTANCIA NO SOLICITADA EN VÍA ADMINISTRATIVA

La sentencia impugnada desestima el recurso interpuesto contra la resolución del Delegado del Gobierno de Ceuta por la que se decreta la expulsión del territorio nacional.

Se mantiene como motivo de la apelación la concurrencia de motivos humanitarios por la situación de su país de origen, y falta de proporcionalidad de la resolución en cuanto a la sanción impuesta.

La posibilidad de la obtención de asilo o de autorización para residir por motivos humanitarios, ha sido acertadamente resuelta por la sentencia impugnada, indicando que dicha autorización de residencia por motivos humanitarios, correspondía efectuarla y resolverla en el correspondiente procedimiento administrativo y no en el de expulsión, no pudiendo pretenderse dicho reconocimiento en vía judicial frente a la impugnación de

la expulsión acordada. No es posible en el recurso respecto de una resolución de expulsión, solicitar y obtener judicialmente una autorización de estancia que no ha sido previamente instada en vía administrativa.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 23 de abril de 2015 respecto de la interpretación de la Directiva 2008/11, ha estableciendo la obligación de acordar la expulsión sin que sea posible la sustitución de dicha sanción por la de multa, prevista en la legislación española, por lo que no es posible apreciar la falta de proporcionalidad denunciada por no imposición de sanción de multa.

(St. de 17 de abril de 2018. Sala de Sevilla. Ponente Frías Martínez)

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. LICENCIA DE ARMAS; RÉGIMEN DE REVOCACIÓN EN EL MARCO DE LAS SUCESIVAS LEYES DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

Es objeto de la presente revisión judicial promovida por D<sup>o</sup>. Sixto la Resolución n<sup>o</sup> 3/16 de fecha 5 de enero de 2016 del Excmo. General jefe de la IV<sup>a</sup> Zona de la Guardia Civil, P.D. del Director General de la Guardia civil, que con sostén en el artículo 97.5 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero , por el que se aprueba el Reglamento de Armas, a cuyo tenor: *“La vigencia de las autorizaciones concedidas y de los reconocimientos de coleccionistas efectuados estará condicionada al mantenimiento de los requisitos exigibles con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento para su otorgamiento, pudiendo los órganos competentes para su expedición comprobar en cualquier momento tal mantenimiento y procediendo a revocarlas en caso contrario”*, revocó la licencia de armas tipo “D” número NUM000 concedida al Sr. Sixto , debiendo depositar la misma y las armas que ampare acompañadas de sus guías de pertenencia en la intervención de Armas y Explosivos de la Guardia Civil, pues constaba a D<sup>o</sup>. Sixto los siguientes antecedentes:

“El día 02/01/2014 fuerzas del SEPRONA de la Guardia Civil de Peñarroya-Pueblo.nuevo (Córdoba) le identifica junto con otros cazadores, algunos de los cuales portaban rifles, practicando la actividad cinegética en el coto de caza “Los Bonales”, matrícula NUM001 , del término municipal de los Blázquez (Córdoba), sin ajustarse a las condiciones especificadas en la normativa vigente para las distintas modalidades de caza mayor, teniendo en cuenta el número de participantes (7) y el número de perros (7).

Por dicho hecho fue denunciado la Delegación Territorial de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente en Córdoba que, tras la instrucción del expediente

sancionador NUM002 le sanciona como autor de una infracción grave del art. 77.15 de la Ley 8/2003 de la Flora y Fauna Silvestres.”,

El recurrente aduce los siguientes motivos de impugnación:

I.- Vulneración del derecho de defensa.

Habiendo propuesto la práctica de pruebas, que consistían en la petición de sendos informes de conducta pública del interesado a emitir por el Sr. Comandante del Puesto de la Guardia Civil de Pozoblanco y por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Pozoblanco, su denegación no le fue notificada, ni tuvo ocasión de alegar sobre la misma.

II.- Indebida aplicación del artículo 98.1 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas.

Este precepto en ningún caso hace mención a ninguna actitud, respetuosa o no, del derecho de caza.

III.- La Administración se aparta de la reciente doctrina jurisprudencial.

Las sentencias de la Sala de lo Contencioso administrativo, Sección 3ª, del Tribunal Supremo de 15/02/2012 y 24/02/2012, consideraron que una única infracción a la normativa de caza, en ausencia de otros antecedentes desfavorables o pérdida de las condiciones psicofísicas del interesado, no es demostrativa de riesgo potencial para la integridad física o la seguridad de terceros que justifique la prohibición de la tenencia de armas.

IV.- La resolución recurrida cita una sentencia del Tribunal Supremo, la de 10 de octubre de 2003, recurso 1096/1999, que menciona la Ley Orgánica 1 /1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que estaba derogada antes de iniciarse el procedimiento revocatorio de la licencia de armas.

V.- A diferencia del régimen previsto en el art. 7.1 de la LO. 1/1992 , que declaraba: “Se faculta al Gobierno para reglamentar las materias y actividades a que se refiere el artículo anterior, en atención a las circunstancias que puedan concurrir en los distintos supuestos:...b) Mediante la obligatoriedad de licencias o permisos para la tenencia y uso de armas de fuego cuya expedición tendrá carácter restrictivo , especialmente cuando se trate de armas de defensa personal, en relación con las cuales la concesión de las licencias o permisos se limitará a supuestos de estricta necesidad” , la vigente Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, cuya entrada en vigor se produjo a partir del día 01/07/2015, limita en su art. 29.1 el carácter restrictivo

de la expedición y mantenimiento de licencia de armas, exclusivamente, a los supuestos de armas de defensa personal, cuando dice: “El Gobierno regulará las medidas de control necesarias sobre las materias relacionadas en el artículo anterior...b) Estableciendo la obligatoria titularidad de licencias, permisos o autorizaciones para la adquisición, tenencia y utilización de armas de fuego, cuya expedición tendrá carácter restrictivo cuando se trate de armas de defensa personal, en relación con las cuales la concesión de las licencias, permisos o autorizaciones se limitará a supuestos de estricta necesidad. Para la concesión de licencias, permisos y autorizaciones se tendrán en cuenta la conducta y antecedentes del interesado. En todo caso, el solicitante prestará su consentimiento expreso a favor del órgano de la Administración General del Estado que tramita su solicitud para que se recaben sus antecedentes penales”, y que, en opinión del apelante, no es el caso de la licencia de arma de caza tipo “D” que le ha sido revocada.

En cuanto al alegato de indefensión que se vincula a la denegación de las pruebas solicitadas, la resolución impugnada explicó su innecesariedad, que cimentaba en no existir ningún dato objetivo del que aflorase un carácter violento o agresivo en la personalidad del Sr. Sixto .

El órgano instructor del procedimiento, por imperativo del art. 80.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJAPPAC), aplicable *ratione temporis*, debería haberse pronunciado motivadamente sobre la admisión o rechazo de las pruebas solicitadas por el interesado, lo que no hizo.

Ahora bien, no todas las irregularidades procedimentales comportan necesariamente la anulación del acto defectuoso, al decir el apartado 2 del art. 63 LRJAPPAC que *“No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”* .

Consolidada doctrina jurisprudencial interpreta el precepto que acabamos de transcribir en el sentido que la indefensión no puede predicarse en abstracto sino que debe ser evaluada en cada caso concreto, contemplando el procedimiento en su conjunto y el impacto que cause sobre la decisión final.

Bajo esta óptica, que atribuye al vicio de indefensión un carácter instrumental, la anulación del actuar administrativo precisa inexcusablemente que la

irregularidad denunciada haya supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo en el pronunciamiento de fondo.

Así las cosas, el recurrente no especifica el género de lesión que a su derecho de defensa produjo la falta de práctica de las diligencias probatorias que había solicitado a la instrucción; las que, al parecer, escasa importancia revestían pues el actor no propuso en su escrito de demanda, como exige el art. 60.1 LJCA, los concretos medios de prueba a practicar, lo que llevó a que el auto firme de 27 de febrero de 2018 declarase no haber lugar a recibir a prueba el recurso.

En definitiva, no cabe hablar en el presente caso de una real y efectiva situación de indefensión

A propósito del reproche consistente en apartarse la Administración de la reciente doctrina jurisprudencial, traemos a colación los últimos pronunciamientos del Alto Tribunal referentes a revocaciones de licencias de armas, de los que son exponentes:

\* La STS, Sección 3ª, de 25/04/2014, Recurso: 3058/2010 , F.J. 4º:

“Sobre el tercer motivo de casación: la alegación de infracción de los artículos 97.2 y 98 del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero.

El tercer motivo de casación, sustentado en la infracción de los artículos 97.2 y 98 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, no puede prosperar, pues no estimamos que la decisión de la Sala de instancia, de confirmar la resolución gubernativa revocatoria de la licencia de armas tipo “D”, debido a que ha quedado acreditado que el titular de la licencia de armas no posee un temperamento sereno ni ha observado una adecuada conducta ciudadana, según se desprende del Informe de aptitud redactado por el Guardia Civil Interventor de Armas y Explosivos de Béjar, obrante en el expediente administrativo, contravenga dichas disposiciones reglamentarias, pues se corresponde con una valoración razonable del riesgo potencial que puede originar para terceros la tenencia de armas.

En efecto, cabe consignar que, conforme una reiterada jurisprudencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 28 de enero de 2008 ( RC 1059/2004), de 21 de mayo de 2009 ( RC 500/2005 ), y de 27 de noviembre de 2009 ( RC 6374/2005 ), el artículo 98.1 del Reglamento de Armas , que

dispone que «En ningún caso podrán tener ni usar armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes, las personas cuyas condiciones psíquicas o físicas les impidan su utilización, y especialmente aquellas personas para las que la posesión y el uso de armas representen un riesgo propio o ajeno», determina que el control administrativo que se describe en este precepto no sólo se extiende al momento de la concesión de la licencia o autorización, sino que también se proyecta sobre el mantenimiento de las mismas aptitudes o condiciones y obligaciones exigidas para ser titular de la licencia concedida, de manera que cuando una vez concedida la autorización, la Administración tiene conocimiento de nuevas circunstancias, que han alterado las condiciones originarias concurrentes al tiempo del otorgamiento, o han determinado su desaparición, debe valorar este nuevo estado de cosas y motivar sobre la necesidad de su revocación.

Por tanto, un correcto entendimiento del precepto reglamentario lleva a considerar que procederá la revocación de la autorización previamente concedida cuando se constate que no se cumplen ya las condiciones exigibles, sea porque se advierten en el titular de la licencia condiciones psíquicas o físicas que no se consideran compatibles con la utilización de armas de fuego, sea por la concurrencia de circunstancias de las que se derive que la posesión y uso de armas comporta un riesgo propio o de terceros, como acontece en el caso enjuiciado en este recurso de casación, en que la Sala de instancia ha valorado adecuadamente las circunstancias concurrentes al concluir que el titular de la licencia de armas tipo “D” tuvo un comportamiento inadecuado, contrario a las reglas de la convivencia, que le hace inidóneo para mantener el mencionado permiso de armas.’

En este sentido, resulta obligado recordar el carácter restrictivo de la concesión de permisos o licencias para la tenencia de armas de fuego. En nuestras sentencias de 8 de abril de 2008 (RC 1564/2004) y de 22 de enero de 2010 (RC 7652/2005), con cita de sentencias anteriores, hemos destacado el carácter restrictivo que rige esta materia debido al cambio normativo operado por la promulgación del nuevo Reglamento de Armas, aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, en comparación con el antiguo Reglamento, aprobado por Real Decreto 2179/1981.

En la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 8 de abril de 2008, dijimos:

«[...] una cosa es que el procedimiento no haya cambiado y otra cosa es que haya identidad en los preceptos citados. No la hay. Porque claramente se

advierte la introducción de un punto de rigor en la nueva reglamentación que no se limita a hablar de discrecionalidades sino que se añade ... que la expedición de la licencia tendrá carácter restrictivo limitándose a supuestos de existencia de riesgo especial o de necesidad”. Añadiéndose que “es claro, pues, que bajo la normativa anterior la libertad estimativa que contiene toda potestad discrecional ha sido reducida, pues el otorgamiento queda sujeto a un mandato imperativo muy preciso: la citada potestad de otorgamiento ha de ejercerse de manera restrictiva».

Y en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2012 (RC 604/2012), recordamos que «el análisis de las concretas circunstancias existentes en cada caso es, sin duda, imprescindible al aplicar los preceptos que en desarrollo del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1992 han sido aprobados para reglamentar la expedición de licencias o permisos para la tenencia y uso de armas de fuego», subrayando que «el Reglamento, aprobado por el Real Decreto 137/1993, mantiene como es bien sabido, un carácter restrictivo para la expedición de dichas autorizaciones», manteniendo con reiteración «que el hecho de que unas determinadas actuaciones policiales no hayan sido seguidas de condenas penales no obsta a la posibilidad de que los hechos objeto de los atestados policiales, aun no revistiendo caracteres delictivos, revelen una conducta incompatible con la posesión y el uso de armas», por cuanto «el artículo 98.1 del Reglamento antes referido dispone que en ningún caso podrán tener ni usar armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes, las personas cuyas condiciones psíquicas o físicas les impidan su utilización, y especialmente aquellas personas para las que la posesión y el uso de armas representen un riesgo propio o ajeno», y, subrayando, en último término, que «dichas circunstancias pueden darse tanto en quien haya sido absuelto de una causa penal como en quien ni siquiera haya tenido la cualidad de imputado, tras el envío de unas diligencias policiales al juzgado correspondiente».

Por ello, asimismo rechazamos que la Sala de instancia haya infringido la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las invocadas sentencias de 28 de enero de 2008 (RC 1059/2044 ) y de 27 de enero de 2012 (RC 871/2009 ), pues en los supuestos enjuiciados en dichos recursos las decisiones de anular las resoluciones revocatorias de la licencia de armas se fundamentaron en el sobreseimiento de las diligencias previas incoadas por no tener participación en hechos de los que se podría inferir racionalmente una conducta incompatible con el mantenimiento de la licencia de armas, o en error



de apreciación en la valoración de la relevancia de las circunstancias que motivaron la revocación de la licencia, que evidenciaría que la tenencia de armas por su titular no comportaba un riesgo propio o ajeno, lo que no guarda relación analógica con los antecedentes fácticos y jurídicos contemplados en la sentencia impugnada en este recurso de casación...”.

\* La STS, Sección 3ª, de 16/11 /2015, recurso 3640/2014, F.J. 3º:

“Revocación de la licencia de armas.

En el análisis de este motivo de impugnación ha de partirse, tal y como afirmábamos en nuestra sentencia de 2 de marzo de 2012 (Recurso: 3324/2011), de que “...las actividades relacionadas con las armas de fuego, en general, requieren de habilitación previa, en los términos que establece la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana. La intervención del Estado, por tanto, es necesaria para habilitar cualquier actividad relacionada con el proceso de producción y venta, así como en la tenencia y uso de cualquier arma de fuego.

Se articula dicha intervención mediante un sistema de autorizaciones administrativas que tienen un marcado carácter restrictivo, por expresa disposición legal, requiriéndose el cumplimiento de los requisitos exigibles con arreglo al Reglamento de Armas para su conservación pudiendo ser revocadas, las licencias, si se apreciara que las circunstancias del titular de la licencia han variado y aconsejan su revocación”.

Es por ello que la vigencia de las autorizaciones para el uso de armas está condicionada al mantenimiento de los requisitos exigibles para su otorgamiento ( artículo 97.2 del Reglamento de Armas ), previsión que ha de ponerse en relación con el artículo 98.1 del mencionado Reglamento en el que se establece que “en ningún caso podrán tener armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes las personas cuyas condiciones psíquicas o físicas les impidan su utilización, y especialmente aquellas personas para las que la posesión y uso de armas representen un riesgo propio o ajeno”, y los apartados 2y3del mismo artículo 98 vuelven a referirse a la necesidad de acreditación de las aptitudes psíquicas y físicas adecuadas. Por tanto, un correcto entendimiento de los preceptos citados permite concluir que procederá la revocación de la autorización previamente concedida cuando se constate que no se cumplen ya las condiciones exigíóles, sea porque se advierten en el titular de la licencia condiciones psíquicas o físicas que no se consideran compatibles con la utilización de armas de fuego, sea por la concurrencia de circunstancias de

las que se derive que la posesión y uso de armas comporta un riesgo para sí o para terceros.

La valoración de la aptitud para el uso de las armas, tanto para su concesión como para la revocación de la licencia previamente obtenida, debe basarse en una apreciación global de todos los datos disponibles de la conducta del solicitante y referirla a cada caso concreto.

Esas aptitudes o condiciones pueden deducirse de los antecedentes del solicitante o titular de la licencia, pero dicho término no cabe entenderlo en el sentido de antecedentes penales, sino de antecedentes de conducta que muestren la falta de idoneidad para hallarse en posesión de un arma ante la previsión de que se haga un posible uso inadecuado de ella. Se trata de valorar una conducta social que no resulte acorde con el uso de las armas. En tal sentido hemos afirmado que «La mera carencia de antecedentes penales, o la cancelación de los existentes, no constituyen por sí sólo razones suficientes para la concesión o el mantenimiento de la licencia de armas» (en este sentido, y respecto de la cancelación de antecedentes penales, STS de 14 de noviembre de 2000, (rec.7494/1996 ). Y en la sentencia de 18 de diciembre de 2012 (rec. 604/2012 ), afirmábamos “que el hecho de que unas determinadas actuaciones policiales no hayan sido seguidas de condenas penales no obsta a la posibilidad de que los hechos objeto de los atestados policiales, aun no revistiendo caracteres delictivos, revelen una conducta incompatible con la posesión y el uso de armas», por cuanto «el artículo 98.1 del Reglamento antes referido dispone que en ningún caso podrán tener ni usar armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes, las personas cuyas condiciones psíquicas o físicas les impidan su utilización, y especialmente aquellas personas para las que la posesión y el uso de armas representen un riesgo propio o ajeno», y, subrayando, en último término, que «dichas circunstancias pueden darse tanto en quien haya sido absuelto de una causa penal como en quien ni siquiera haya tenido la cualidad de imputado, tras el envío de unas diligencias policiales al juzgado correspondiente».

Ahora bien, la decisión de revocar una licencia previamente concedida ha de basarse en hechos o datos que acrediten esta pérdida sobrevenida de las condiciones o la peligrosidad tomadas en consideración al tiempo de concederse la licencia, y aun siendo cierto que no es necesario que exista una condena penal, tampoco es posible fundar esta decisión en una mera denuncia si los hechos en ella descritos no se consideran acreditados por un tribunal penal y no existen otros elementos, datos o pruebas (psicotécnicas

o de otra naturaleza) que revelen este cambio de circunstancias. Así, en nuestra sentencia de 21 de febrero de 2012 (rec. 5920/2009) ya sostuvimos que "... El desarrollo de lo ocurrido en este caso permite concluir que si la inicial intervención policial, visto el contenido de la denuncia, daba pie en un primer momento a albergar ciertas reservas sobre su aptitud para la caza, la ulterior decisión jurisdiccional penal las resolvió en sentido favorable al recurrente a quien, por ello mismo, no se puede seguir considerando en sede administrativa como una persona inhábil para continuar en posesión de la licencia de armas que ya tenía, siempre que subsistan el resto de condiciones exigibles a este fin..."

De la lectura de ambas sentencias extraemos que la reciente jurisprudencia no rompe la doctrina anterior sino que en línea de evolución, al seguir en lo sustancial sus pautas, refuerza el control jurisdiccional sobre las licencias de armas donde la Administración goza de amplias potestades discrecionales, recalando la imperiosa necesidad de tener que probarse en el expediente de revocación los nuevos hechos o datos que manifiesten la pérdida sobrevenida de las condiciones o la peligrosidad tomadas en consideración al tiempo de concederse la licencia de armas.

En consecuencia, la Administración al asumir la carga de demostrar el cambio sobrevenido de circunstancias debe objetivar un comportamiento actual del titular de la licencia contrario a las reglas de la convivencia que resulte de sólidos antecedentes, revelando su falta de idoneidad para poseer y usar un arma ante la previsión racional de que haga un posible uso inadecuado de ella.

Dicho de otro modo, se trata de determinar si la conducta social del interesado es acorde o no con el uso de las armas. Por ello, resulta indiferente el número de antecedentes a contemplar, bastando la valoración de un único antecedente siempre que del mismo se infiera con rotundidad el inadecuado comportamiento del titular de la licencia de armas.

En correspondencia a lo expuesto, nula utilidad revestía que el art. 98.1 del Reglamento de Armas tuviese forzosamente que mencionar la caza con armas, atendido el riesgo potencial o abstracto que trata de conjurar el precepto mediante la expresión: *la posesión y el uso de armas representen un riesgo propio o ajeno*, y la inevitable amplitud y generalidad que formula sus previsiones legales.

La caza envuelve, como actividad deportiva, un alto riesgo para la integridad física cuando se emplean armas de fuego. Pues bien, este elevado riesgo puede agravarse hasta extremos intolerables, injustificados, si el titular de la

licencia, denotando un mal comportamiento social, no respeta la normativa de obligada observancia.

Y este riesgo injustificado concurrió precisamente en el supuesto que revisamos, al punto que el hoy recurrente fue sancionado en firme como responsable de una infracción administrativa a la flora y fauna silvestres.

El cambio normativo operado en materia de concesión de licencias, permisos y autorizaciones, que, por cierto, recogió la Resolución impugnada citando en su F.J. 4º el art. 29.1 b) la LO 4/2015, no empeece lo anterior razonado al precisar este último precepto que se *tendrán en cuenta la conducta y antecedentes del interesado*, de modo que mantiene las potestades especiales de la policía administrativa de seguridad en orden al control de las armas de caza.

Por lo expuesto, el Recurso Contencioso administrativo debe desestimarse.

(St. de 26 de abril de 2018. Ponente Roberto Iriarte Miguel)

#### XIV. HACIENDA PÚBLICA. CRITERIOS PARA DECIDIR SI UN IMPUESTO INDIRECTO SOBRE EL CONSUMO ES O NO COMPATIBLE CON EL IVA

Es objeto de la presente revisión judicial promovida por la entidad mercantil R. T. S.L., las Resoluciones de fechas 6 y 26 de junio de 2014 que dictó el Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía (TEARA), desestimando las reclamaciones económico-administrativas números 21-00255/2014 y 21/02156/2013 formuladas frente a la desestimación de sendos recursos de reposición deducidos contra las liquidaciones y tasa fiscal sobre el juego que había practicado la Gerencia Provincial de Huelva de la Agencia Tributaria de Andalucía, correspondientes al tercer trimestre de 2013, en cuantía de 1.387 €, así como cuarto trimestre de 2012 y segundo trimestre de 2013, por importe de 25.900 €.

La recurrente, sin controvertir que los actos aplicativos que respaldan las liquidaciones impugnadas infrinjan la normativa sectorial interna que disciplina la tasa fiscal sobre el juego, entiende que la regulación de esta materia se opone tanto a la normativa Comunitaria como a la Constitución Española (CE).

En tal sentido, propone en primer término, al amparo de lo previsto en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en relación con el 19.3 del Tratado de Maastricht de la Unión Europea (TUE),

el Planteamiento de Cuestión Prejudicial sobre aplicación del Derecho Comunitario acerca de la contradicción, interpretación y validez del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas, en relación con la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido, suscitando al efecto las siguientes cuestiones:

1ª.- Si el impuesto sobre el juego de las máquinas recreativas y de azar (denominada Tasa Fiscal sobre el Juego) es verdaderamente un impuesto sobre el volumen de negocios.

Conforme al art. 3 del R.D.L 16/1977, de 25 de febrero, la base imponible del tributo está constituida por las cantidades que los jugadores dediquen a la participación en el juego, o sea, sobre el volumen de negocios que representan las cantidades jugadas. Sin embargo, el art. 30 a) del Decreto Legislativo 1/2009, de 1 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos, referente a la explotación de Máquinas Tipo “B” o recreativas con premio establece en su ordinal 1º que “Con carácter general, se aplicará una cuota semestral de 1.850 €”. Se trata pues de un cálculo apriorístico, a tanto alzado, y carente de fundamento o razón económica alguna.

2ª.- Si se puede establecer un impuesto que grava el volumen de negocios y que prescinda de la auténtica capacidad que valora la cifra real de negocios.

3ª.- Si es posible establecer una tasa que prescinda del cálculo del coste real del servicio generado como consecuencia de la autorización otorgada por la Administración para la explotación del negocio propio de la máquina recreativa.

Si puede el legislador español, basándose en una base imponible apriorística, hipotética y presuntiva (calculada con anterioridad a la propia explotación de la máquina), establecer como cuota del tributo una cantidad que supera, con creces, el 50% de lo que realmente podría constituir la cantidad jugada por el jugador, prescindiendo con ello de la auténtica capacidad económica del sujeto pasivo.

Si es posible que, en atención al principio de neutralidad fiscal, y dentro de un marco similar de entrega de bienes y prestaciones de servicio se aplique un marco normativo y jurídico diferente por el que se establecen sujeciones o

exenciones al IVA (las máquinas de tipo A se encuentran exentas del pago de la tasa fiscal sobre el juego, tributan por la cifra de negocios y se sujetan al IVA).

4ª.-"Si de conformidad con el art. 20.UNO.19º de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido , estando la actividad del juego sujeta al IVA, pero exenta del mismo, al igual que lo está el Impuesto sobre Transmisiones Onerosas (que está exento de IVA para aplicar una tributación diferente pero proporcional al volumen de la operación), y si la base imponible del tributo sobre el juego es el volumen de negocios o, en términos de la normativa que desarrolla el tributo las cantidades que los jugadores dediquen a su participación en el juego ( art. 3 R.D.L. 16/1977 ), es posible que, de conformidad con lo establecido en el art. 4 de la Ley del IVA ( *Estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen*"), en relación con el art. 83.1 que determina la regla general en cuanto a la base imponible, se pueda establecer una tributación proporcional sobre la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido y no a tanto alzado como ocurre en la tasa fiscal sobre el juego.

5ª. Si es posible que el sujeto pasivo, dentro de la libertad empresarial y del principio de igualdad y no discriminación, pueda optar por el régimen del IVA en condiciones idénticas a las que tienen otros empresarios.

Subsidiariamente, solicita el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por infracción de preceptos ( arts. 14 y 31 CE ) y principios constitucionales (capacidad económica, no confiscatoriedad, no discriminación, igualdad y generalidad tributaria), concretamente por inconstitucionalidad del art. 3.4.Dos del Real Decreto-legislativo 16/1977, de 25 de febrero, con sus posteriores adaptaciones en las diferentes leyes que en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía se han ido estableciendo en virtud de las competencias implantadas por la Ley de Financiación de las Comunidades Autónomas y de Cesión de Tributos.

Idénticos planteamientos a los aquí formulados fueron examinados y resueltos por nuestra sentencia de fecha 7 de julio de 2016, recurso 738/2014, a cuyos argumentos estamos en méritos de unificación de criterios de Sala, que parcialmente transcribimos:

**PRIMERO** .- Se interpone el recurso contra resolución de 26 de junio de 2014 del TEARA, por las que se desestimaba la reclamación 21-02149-

2013, formulada contra la desestimación de recurso de reposición contra liquidaciones sobre tasa fiscal sobre el juego, correspondientes al 4º trimestre de 2012 y 1º trimestre de 2013.

**SEGUNDO** .- Se fundamenta la demanda en la existencia de una contradicción entre el Real Decreto-ley 16/1977 y la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del IVA, al tener la consideración del impuesto sobre el juego de impuesto sobre el volumen de negocio; y su inconstitucionalidad, por vulneración de los principios de capacidad económica, progresividad, no confiscatoriedad e igualdad.

**TERCERO** .- El Tribunal Supremo en Sentencia dictada en recurso de casación en interés de ley, de fecha 25 de noviembre de 2000, ha señalado que la tasa sobre el juego no es un impuesto sobre el volumen de negocios, y en consecuencia, no contraviene el artículo 33 de la Sexta Directiva del IVA-Directiva 77/388/CEE, señalando:

*“Queda muy lejos, la posible consideración de la Tasa Fiscal sobre el juego, como un impuesto análogo al IVA, lo cual no quiere decir, distinción que debe hacerse a efectos dialécticos, que el juego no pueda incluirse como hecho imponible del IVA, que, por cierto, la Sexta Directiva (77/388/CEE) del Consejo, de 17 de mayo de 1977, eximió al disponer en su artículo 13.B7) lo siguiente: «Otras exoneraciones. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones comunitarias los Estados miembros exonerarán en las condiciones por ellos fijadas y a fin de asegurar la aplicación correcta y simple de las exoneraciones previstas a continuación y de evitar todo fraude, evasión y abusos eventuales: (...) f) Las apuestas, loterías y otros juegos de azar de dinero, a reserva de las condiciones y límites determinados por cada Estado miembro»....*

La Ley 37/1992, de 28 de diciembre ( RCL 1992, 2786 y RCL 1993, 401), del Impuesto sobre el Valor Añadido, ha mantenido la exención en este Impuesto en su artículo 20, apartado uno, ordinal 19, incorporando incluso al texto legal el párrafo añadido por el Reglamento de 1985, si bien exceptuó el gravamen de los servicios de gestión, a los propios del bingo.

La conclusión es que los juegos de suerte, envite o azar, gravados por nuestra Tasa Fiscal, han estado y están a extramuros del Impuesto sobre el Valor Añadido, razón por la cual la cuestión relativa a si dicha Tasa Fiscal vulnera o no el artículo 33 de la Sexta Directiva es casi irrelevante.

El citado artículo 33 preceptúa: «Sin perjuicio de lo que se establezca en otras disposiciones comunitarias, las disposiciones de la presente Directiva no se oponen al mantenimiento o al establecimiento por un Estado miembro de impuestos sobre los contratos de seguros, sobre juegos y apuestas, sobre consumos

específicos, de derechos de registro y, en términos generales, de cualquier impuesto, derecho o tasa que no tenga el carácter de impuesto sobre el volumen de negocios».

La «ratio legis» de este artículo 33 es prohibir la existencia de impuestos indirectos sobre el consumo que puedan interferir, menoscabar o distorsionar el buen funcionamiento del Impuesto sobre el Valor Añadido, de manera que dicho precepto no impide la existencia de todo impuesto indirecto que grave el consumo, sino sólo de aquellos que interfieran la correcta aplicación del IVA, considerado éste como un impuesto general sobre el volumen de negocios, según la terminología adoptada por las directivas comunitarias.

El Tribunal de Justicia de la CEE mantiene una doctrina reiterada y constante sobre la interpretación y alcance del artículo 33 de la Sexta Directiva (SS. de 27 de noviembre de 1985, asunto Rousseau Wilmont, 295/1984, 3 de marzo de 1988 [ TJCE 7 988, 118], asunto Bergandi 252/1986, de 8 de julio de 1986 [ TJCE 1986,112], asunto Kerrut, 73/1985, 13 de julio de 1988, asunto Wisselink, 93 y 94/1988, entre otras), pero en especial ha definido y recogido toda su doctrina en la Sentencia de 19 de marzo de 1991 ( TJCE 1991, 161), asunto N V Giant 109/1990, que glosamos a continuación.

No existe un criterio único y apriorístico para decidir si un impuesto indirecto sobre el consumo es o no compatible con el IVA, sino que es preciso analizar y ponderar todas las circunstancias que concurren en el impuesto de que se trate, para así llegar a una solución cabal.

Las circunstancias objetivas más significativas son:

- A) Que el impuesto tenga como hecho imponible, utilizando la propia terminología del IVA, una entrega de bienes o una prestación de servicios, concreta, que, precisamente por su concreción, no afecte ni pueda afectar al IVA con carácter general. Así el artículo 33, citado, ha admitido, sin carácter exhaustivo, impuestos sobre los contratos de seguros (en España el reciente Impuesto sobre Primas de Seguros), impuesto sobre juegos y apuestas, impuesto sobre matriculación de automóviles (establecido también en España), y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 19 de marzo de 1991, que estamos glosando, que ha declarado compatible un impuesto sobre espectáculos públicos.

El fundamento de derecho undécimo de la Sentencia de 19 de marzo de 1991, no deja lugar a dudas sobre esta idea. Así dice: «Para apreciar si un tributo tiene el carácter de impuesto sobre el volumen de negocios, es



preciso verificar [como ha declarado el Tribunal en las sentencias de 27 de noviembre de 1985, Rousseau Wilmont (295/1984) y de 3 de marzo de 1988, Bergundi (252/1986)], si produce el efecto de entorpecer el funcionamiento del sistema común del IVA gravando la circulación de bienes y servicios e incidiendo en las transacciones comerciales de una manera comparable a la que caracteriza el IVA».

Es claro que la Tasa sobre los juegos de suerte, envite o azar grava solamente los servicios, inherentes a la realización de dichos juegos, en especial de las máquinas tipo -B- o recreativas con premio, de manera que su concreción no interfiere, ni menoscaba, ni distorsiona la aplicación del IVA, en general.

- B) El impuesto de que se trate, aunque su hecho imponible sea muy concreto, debe diferir, en su estructura y funcionamiento, del IVA, para no interferirlo.

Los elementos esenciales del IVA tal como han sido planteados en la Primera y Segunda Directivas son gravar todas las entregas de bienes y prestaciones de servicios mediante un impuesto indirecto sobre el consumo exactamente proporcional al precio de los bienes y servicios, cualquiera que sea el número de las transacciones económicas, que tengan lugar en los procesos de producción y distribución, mediante la exigencia del tributo sobre el valor añadido de cada transacción, que se logra restando el IVA que gravó las adquisiciones anteriores, repercutiendo el impuesto a todo adquirente posterior, y llevando a cabo en las importaciones y exportaciones los correspondientes ajustes en frontera.

Es claro, siguiendo la propia fundamentación de la Sentencia de 19 de marzo de 1991, que, en primer lugar, la denominada Tasa fiscal sobre el juego no es un impuesto general sobre el volumen de negocios, puesto que no se aplica, en el caso de autos, más que a una categoría limitada de servicios (los que se prestan con las máquinas tipo -6- o recreativas con premio); que en segundo lugar, no se recauda en todas las fases de producción, entendiéndose por tal, desde la obtención de las primeras materias, productos elaborados, su transporte, servicios auxiliares, etc., sino solamente en una fase, la de realización de los juegos referidos, sin que sea posible, por tanto, deducir de la cuota de la Tasa sobre el juego, tributo indirecto previo alguno; que, en tercer lugar, la Tasa fiscal sobre el juego no se proyecta sobre el valor añadido a nivel de cada transacción, sino indiciariamente sobre el importe bruto de la recaudación, mediante una cuota fija, y, que, en cuarto lugar, la Tasa sobre el juego forma parte de los costes, pero no es objeto de una repercusión jurídica de naturaleza tributaria.

- C) La Sala considera, aunque la Sentencia comentada no diga nada al respecto, que también debe utilizarse como elemento diferenciados el distinto procedimiento de exacción del Impuesto sobre el Valor Añadido y de la Tasa fiscal sobre el juego.

En el IVA, la exacción se lleva a cabo a medida que se realizan las entregas de bienes, la prestación de servicios, las ejecuciones de obras, etc., mediante las facturas y certificaciones de obras que expiden los sujetos pasivos, repercutiendo el impuesto correspondiente. En cambio, en la Tasa fiscal sobre el juego no hay expedición de factura a cada cliente, ni se le repercute específicamente la Tasa, sino que ésta se devenga el 1 de enero de cada año, pagándose una cuota fija por cada máquina tipo -B- o recreativas con premio.

- D) La Tasa fiscal sobre el juego queda al margen por completo de todo posible ajuste en frontera, que como se sabe es uno de los objetivos fundamentales del IVA, consistente en conocer la carga fiscal indirecta de los productos que se exportan e importan, efecto que no se podía conocer en el IGTE, que era un impuesto en cascada, cuya carga final era diferente, según el distinto grado de integración de los procesos de producción y de distribución.
- E) Por último, no hay que olvidar que los juegos de suerte, envite o azar están exentos del IVA, según nuestro Derecho interno, de conformidad con lo dispuesto en la Sexta Directiva, de manera que mal puede interferir la Tasa fiscal sobre el juego al IVA, como Impuesto sobre el volumen de negocios, cuando los juegos referidos están exentos del IVA.

La Sala considera, por las razones expuestas, que la Tasa fiscal sobre el juego, en especial la que grava a las máquinas tipo -B- o recreativas con premio no interfiere, ni menoscaba, ni afecta al buen funcionamiento del IVA.

En realidad, como hemos ya anticipado, la denominada Tasa sobre juegos de suerte, envite o azar, nació como un impuesto especial que grava el juego, y cuyo objeto es reintegrar a la sociedad parte de los ingresos y beneficios procedentes del mismo, para compensar así el elevado coste social y moral que lleva consigo el juego, rayano a veces con graves ludopatías, con los consabidos quebrantos familiares y económicos.

Se estima este motivo casacional y se acepta como doctrina legal la siguiente:

«La Tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, establecida por el Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, en cuanto a las máquinas tipo -B- o recreativas con premio, no es un impuesto sobre el volumen de negocios, y en consecuencia, no contraviene el artículo 33 de la Sexta Directiva del IVA-

Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, concerniente a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos, sobre el volumen de negocios»”.

En atención a la doctrina jurisprudencial expuesta, debe desestimarse el primer motivo del recurso.

Respecto de la inconstitucionalidad de la Tasa Fiscal sobre el juego debemos señalar que el Auto del Tribunal Constitucional 71/2008, de 26 de febrero, ha inadmitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso -Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con el artículo tercero, apartado cuarto, núm. dos, del Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas, dado que pudieran infringirse a los artículos. 1.1, 9.3, 14,31.1,33,38, 40.1 y 130.1 de la Constitución.

En dicho Auto se hace referencia al problema de la constitucionalidad en relación con la tasa de juego, en los siguientes términos que naturalmente resultan aquí aplicables:

“la llamada “tasa” que grava las máquinas recreativas tipo “B” es en realidad un impuesto que, al igual que sucede con el impuesto sobre sociedades, grava el rendimiento obtenido con el ejercicio de la explotación de dichas máquinas. En efecto, como señalamos en la STC 296/1994, de 10 de noviembre, aunque desde el Real Decreto 16/1977, las normas vienen calificando al tributo que grava los juegos de azar como “tasa”, un análisis del régimen jurídico de dicha figura impositiva pone de manifiesto que se estructura como un impuesto, dado que “es el producto de la actividad de juego lo que constituye la base del tributo... que en la legislación específica de la tasa sobre el juego en máquinas tragaperras se concreta en una cuota fija que se establece en virtud del tipo de máquina y en función de las cantidades que puedan jugarse en cada modelo de máquina, es decir, en atención a los rendimientos previsibles o capacidad económica generada por la explotación de las máquinas, de manera que con ello se hace evidente que su verdadero fin consiste en gravar la capacidad contributiva manifestada por la adquisición de una renta”. En definitiva, el tributo sobre el juego cuestionado “es una figura fiscal distinta de la categoría de ‘tasa’, puesto que con ello no se pretende la contraprestación proporcional, más o menos aproximada, del coste de un servicio o realización de actividades en régimen de Derecho público, sino que constituye un auténtico ‘impuesto’

que grava los rendimientos obtenidos por actividades de empresarios privados de manera virtualmente idéntica a los impuestos que gravan la adquisición de renta por actividades expresiva de capacidad económica” (FJ 4; en el mismo sentido, STC 204/2002, de 31 de octubre.

Ahora bien, que la tasa del juego sea un tributo que, al igual que el Impuesto sobre sociedades, grava el rendimiento obtenido con el ejercicio, aquí, de la actividad del juego, no permite por sí mismo alcanzar la conclusión de que la norma cuestionada es inconstitucional. Ya hemos tenido ocasión de señalar que, aun cuando llegáramos a la conclusión de que existe un supuesto de “doble imposición tributaria”, ello no “determinaría per se la inconstitucionalidad” de la norma, “pues la única prohibición de doble imposición en materia tributaria que se encuentra expresamente recogida en el bloque de la constitucionalidad viene establecida en el art. 6 de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas” (STC 242/2004, de 16 de diciembre, FJ 6) y “garantiza que sobre los ciudadanos no pueda recaer la obligación material de pagar doblemente [al Estado y a las Comunidades Autónomas, o a las entidades locales y a las Comunidades Autónomas] por un mismo hecho imponible” [ STC 242/2004, de 16 de diciembre, FJ 6; en el mismo sentido, SSTC14/1998, de 22 de enero, FJ 17 c); y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 23; AATC 261/2003, de 15 de julio, FJ 5, y 269/2003, de 15 de julio, FJ 5]. “Fuera de este supuesto, la existencia de un doble gravamen por una misma manifestación de riqueza sólo debería analizarse desde el punto de vista del principio de capacidad económica y de la prohibición de no confiscatoriedad a que hace referencia el art. 31.1 CE “ (STC 242/2004, de 16 de diciembre ,FJ6). Y precisamente es el principio de capacidad económica el que la Sala que plantea la cuestión entiende lesionado al no cuantificarse el tributo que grava las máquinas recreativas tipo “B” de acuerdo con los rendimientos realmente obtenidos, sino mediante una cuota única determinada en atención a los rendimientos previsiblemente obtenibles con su explotación.

Para responder a esta alegación debemos comenzar recordando que, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, que recoge la STC 193/2004, de 4 de noviembre , FJ 5, el tributo -cualquier tributo-, “grava un presupuesto de hecho o ‘hecho imponible’ ( art. 28 de la Ley general tributaria: LGT ) revelador de capacidad económica ( art. 31.1 CE) fijado en la Ley” ( STC 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 4), por lo que “el hecho imponible tiene que constituir una manifestación de riqueza” (por todas, SSTC 194/2000, de 19 de julio, FJ 8, y 276/2000, de 16 de noviembre,

FJ 4), de modo que la “prestación tributaria no puede hacerse depender de situaciones que no son expresivas de capacidad económica” (STC 194/2000, de 19 de julio, FJ 4). Y aunque hemos señalado que “basta que dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador” para que el principio constitucional de capacidad económica quede a salvo [SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ13; 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/1998, de 22 de enero, FJ11 b);y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 14; en parecidos términos, STC 186/1993, de 7 de junio, FJ 4 a)], también hemos precisado que no cabe soslayar que “la libertad de configuración del legislador deberá, en todo caso, respetar los límites que derivan de dicho principio constitucional, que quebraría en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente o ficticia” ( SSTC 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 4, y 194/2000, de 79 de julio, FJ 9; en el mismo sentido, 295/2006, de 11 de octubre, FJ5).

En definitiva, el principio de capacidad económica establecido en el art. 31.1 CE impide en todo caso “que el legislador establezca tributos -sea cual fuere la posición que los mismos ocupen en el sistema tributario, de su naturaleza real o personal, e incluso de su fin fiscal o extrafiscal (por todas, SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13, y 194/2000, de 19 de julio, FJ 8, cuya materia u objeto imponible no constituya una manifestación de riqueza real o potencial, esto es, no le autoriza a gravar riquezas meramente virtuales o ficticias y, en consecuencia, inexpresivas de capacidad económica” (STC 193/2004, de 4 de noviembre, FJ5). Y no cabe la menor duda de que el tributo que establece la norma cuestionada grava un hecho imponible -el rendimiento que previsiblemente se obtiene con la explotación de las máquinas tipo “B”- que constituye una manifestación de riqueza susceptible de imposición.

Desde luego, no puede descartarse que eventualmente, en supuestos marginales, la tasa que establece la norma cuestionada pudiera ser superior al rendimiento obtenido por una determinada máquina recreativa tipo “B”. La posibilidad de tal circunstancia, sin embargo, no convierte a la norma cuestionada en inconstitucional, porque no es discutible que la riqueza que se pretende gravar existe “en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador”, y porque, como este Tribunal ha venido afirmando, “no puede fundarse la inconstitucionalidad de una norma en la existencia de supuestos patológicos, no previstos ni queridos por la ley o, dicho de otro modo, que el enjuiciamiento de la constitucionalidad

de las leyes debe hacerse tomando en consideración el caso normal y no las posibles excepciones a la regla prevista en la norma (SSTC 70/1991, de 8 de abril, FJ 7; 308/1994, de 21 de noviembre, FJ 5, y 289/2000, de 30 de noviembre, FJ6). Así, por ejemplo, hemos señalado que para que pueda afirmarse que una norma legal vulnera el art. 14 CE “no basta con que en situaciones puntuales” y “al margen de los objetivos perseguidos por la ley” genere desigualdades ( STC 47/2001, de 15 de febrero, FJ 7), dado que las leyes “en su pretensión de racionalidad se proyectan sobre la normalidad de los casos, sin que baste la aparición de un supuesto no previsto para determinar su inconstitucionalidad” (SSTC 73/1996, de 30 de abril, FJ5; 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 6; 47/2001, de 15 de febrero, FJ 7; 212/2001, de 29 de octubre, FJ 5; 21/2002, de 28 de febrero, FJ4; 193/2004, de 4 de noviembre, FJ3,y 255/2004, de 22 de diciembre, FJ4)

Ciertamente, además de afirmar que el principio de capacidad económica establecido en el art. 31.1 CE exige que el hecho imponible constituya una manifestación de riqueza, hemos venido señalando que dicho principio obliga a que la contribución de solidaridad en que consiste el tributo “sea configurada en cada caso por el legislador según aquella capacidad” (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 6 de la capacidad económica” (STC 194/2000, de 19 de julio, FJ 8; y AATC 381/2005, de 25 de octubre, FJ 5; 382/2005, 25 de octubre, FJ 5; 383/2005, de 25 de octubre, FJ 5; 117/2006, de 28 de marzo, FJ 4 , y 118/2006, de 28 de marzo , FJ 4; en el mismo sentido, AATC 197/2003, de 16 de junio, FJ 3, y 212/2003, de 30 de junio, FJ3). Pero también hemos puesto de manifiesto que la Constitución conecta el deber de contribuir establecido en el art. 31.1 CE con el criterio de la capacidad económica “y lo relaciona, a su vez, claramente, no con cualquier figura tributaria en particular, sino con el conjunto del sistema tributario” ( SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 7; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6 ; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7, y 189/2005, de 7 de julio, FJ 5 ); y que el principio de capacidad económica “debe inspirar el sistema tributario en su conjunto” [ STC 134/1996, de 22 de julio , que opera como “criterio inspirador del sistema tributario”[SSTC 19/1987, de 17 de febrero, FJ3y193/2004, de 4 de noviembre, FJ 5; AATC 97/1993, de 22 de marzo, FJ3,y 24/2005, de 18 de enero, FJ3; 407/2007, de 6 de noviembre, FJ4] o “principio ordenador de dicho sistema (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ6,y193/2004, de 4 de noviembre ,FJ5,yATC24/2005, de 18 de enero,FJ3].

De la jurisprudencia expuesta se infiere claramente que, aun cuando el principio de capacidad económica implica que cualquier tributo debe gravar un presupuesto de hecho revelador de riqueza, la concreta exigencia de que la carga tributaria se module en la medida de dicha capacidad sólo resulta predicable del sistema tributario en su conjunto, de manera que puede afirmarse trasladando mutatis mutandi nuestra doctrina acerca de cuándo un Decreto-Ley afecta al deber de contribuir, que sólo cabe exigir que la carga tributaria de cada contribuyente varíe en función de la intensidad en la realización del hecho imponible en aquellos tributos que por su naturaleza y caracteres resulten determinantes en la concreción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que establece el art. 31.1 CE, de un tributo en el que el principio de capacidad económica y su correlato, el de igualdad y progresividad tributarias, encuentran una más cabal proyección, de manera que es, tal vez, el instrumento más idóneo para alcanzar los objetivos de redistribución de la renta (art. 131.1 CE) y de solidaridad ( art. 138.1 CE) que la Constitución española propugna ... y que dotan de contenido al Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)” (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 9; en el mismo sentido, SSTC 134/1996, de 22 de julio, FJ 6; 46/2000, de 17 de febrero, FJ 6; 137/2003, de 3 de julio, FJ 7; 108/2004, de 30 de junio, FJ 8, y 189/2005, de 7 de julio, FJ 8). Pero, claramente, no es el caso de la llamada “tasa” del juego, tributo que, ni tiene carácter general (esto es, no grava la renta global de las personas físicas o jurídicas, sino una específica manifestación de capacidad económica: por lo que aquí interesa, los rendimientos que se obtienen con la explotación de las máquinas recreativas tipo “B”), ni, por sus características, puede afirmarse que constituya uno de los pilares básicos o estructurales de nuestro sistema tributario, ni, en fin, por su estructura y su hecho imponible puede considerarse como instrumento idóneo para alcanzar los objetivos constitucionales a que hemos aludido”.

Lo expuesto lleva a desestimar el Recurso Contencioso administrativo, sin que proceda el planteamiento de las cuestiones prejudiciales y de inconstitucionalidad que interesa la actora.

De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede imponer las costas a La parte recurrente, sin que el límite máximo de aquéllas pueda exceder de la suma de 1000 euros, considerando la complejidad y alcance del asunto planteado.

(St. de 5 de abril de 2018. Sala de Sevilla. Ponente Roberto Iriarte Miguel)

**XX.- RESPONSABILIDAD: RESPONSABILIDAD CIVIL Y ADMINISTRATIVA. EFECTOS SENTENCIA CIVIL SOBRE CUESTIÓN ADMINISTRATIVA. FUERZA MAYOR.**

La sentencia impugnada declara ajustada a derecho la Resolución de 12 de junio de 2015 que al desestimar la alzada contra la anterior de la Delegación Territorial de 10 de diciembre de 2014, confirma la declaración de que la empresa eléctrica apelante incumplió los niveles de calidad individual en el suministro eléctrico al Sr. Jesús Carlos , pero haciendo reserva de acciones civiles para exigir la correspondiente indemnización, lo que se llevó a cabo en el procedimiento ordinario 507/2013 del Juzgado de primera instancia nº 5 que terminó en sentencia de fecha 14 de septiembre de 2015 condenatoria a la actora a una indemnización por corte de suministro, no por la reanudación del mismo que se le denegó por falta de pago y adeudo de cantidad.

El juez acogiendo los argumentos de la sentencia civil y con cita del artículo 45.6 del Real Decreto 1955/2000 y artículo 41.1 b) de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico, considera que ENDESA como empresa distribuidora, es responsable de la seguridad y calidad y aunque el transformador donde se produjo el corte por un tercero era propiedad privada, desde 1983 es utilizado por ENDESA para dar nuevos suministros, por tanto es la obligada a asumir sus responsabilidades en seguridad y no lo hizo , ni promovió el cambio de titularidad, por lo que considera que su conducta fue negligente en la obligación que le correspondía. Añadiendo que al estar sin suministro mas de dos años se evidencia un claro incumplimiento de los niveles de calidad del suministro conforme al artículo 105.1 del Real Decreto 1955/2000 .

El presente recurso se sustenta en que la absolución a la empresa por sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla de 20 de septiembre de 2016 , revocatoria de la sentencia de primera instancia en la que se apoya el juez para confirmar la Resolución de declaración de incumplimiento, hace que resulte improcedente la continuación del litigio, porque la Audiencia que juzgaba los mismos hechos ha declarado con toda contundencia.” *Los autores del corte fueron los que contrataron a la empresa ITESUR. Los reproches sobre la falta de control resultan infundados desde el momento en que es la propia ENDESA la que realiza las advertencias técnicas sobre la incorrección del suministro habido en la zona del siniestro. Es con fecha posterior cuando Endesa recibe el servicio. Es por ello que no se entiende fundado en derecho su condena y procede la estimación de su recurso*”.

Sin embargo la cosa juzgada en la vía civil no impide la continuación del litigio sobre la ilicitud administrativa, como deja a salvo la propia sentencia



de la Audiencia:” *La supuesta ilicitud administrativa (tampoco tan clara) dará lugar a las sanciones gubernativas que correspondan, pero no son la causa relevante que haya dado lugar a los perjuicios irrogados a la actora”.*

Sin embargo, si tienen transcendencia sobre la cosa juzgada positiva de los hechos acaecidos, porque de la sentencia civil firme que revoca la anterior se deduce que no hubo incumplimiento ni contractual ni extra contractual por parte de ENDESA, ya que el corte de energía se debió a la intervención de un tercero ajeno a la comercializadora del suministro que en esas fechas estaba tramitando el corte por falta de pago de las facturas de luz y por supuesto a la distribuidora que lo conoció meses después. Por tanto si es Endesa la que comunicó las incorrecciones técnicas en el suministro a causa del centro de transformación propiedad del tercero, no se le puede imputar falta de diligencia en materia de seguridad y menos incumplimiento de los niveles la calidad del suministro como ha declarado la propia Audiencia Provincial, entre otras cosas porque el precepto citado tanto en la Resolución impugnada como en la sentencia de instancia (45.6 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1955/2000), exige que por el titular de la red de distribución se produzca la cesión a la empresa distribuidora de la zona, lo que como reconoce la sentencia no se había producido a la fecha de los hechos, ya que exige la solicitud y autorización por la Administración conforme al artículo 133 y el artículo 4.3 invocado del Real Decreto 1048/2013 de 27 de setiembre no resulta de aplicación por razón temporal.

Quiere ello decir que no queda acreditado que ENDESA haya incumplido plazos, normativa o protocolos de seguridad que afecten al suministro del reclamante que fue cortado por la intervención de un tercero ajeno a ENDESA, lo que podría incardinarse en un supuesto de fuerza mayor que rompe el nexo para exigir la responsabilidad por incumplimiento.

Tampoco podemos compartir el incumplimiento del nivel de calidad por la tardanza en el suministro de energía, ya que como consta en autos, aunque se cambió de comercializadora a Endesa, desde el principio del nuevo contrato, por la situación de impago provocó la apertura de un expediente de requerimiento y corte, por lo que no debe ser imputable a la apelante. Consideramos con la sentencia de la Audiencia Provincial que no concurren las ilicitudes apreciadas en la Resolución impugnada para declarar el incumplimiento de los niveles de calidad, por lo *que* la sentencia debe ser revocada y así mismo la resolución impugnada por no ser conforme a derecho.

(St. de 4 de abril de 2018. Sala de Sevilla. Ponente Alejandro Durán)

**XX.- FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: FUNCIÓN PÚBLICA: PRUEBAS SELECTIVAS PARA EL SISTEMA DE ACCESO LIBRE PARA INGRESO EN EL CUERPO DE AUXILIARES ADMINISTRATIVOS: DAÑOS DERIVADOS DEL RETRASO EN LA INCLUSIÓN EN LA LISTA DEFINITIVA DE ASPIRANTES QUE HABÍAN SUPERADO LAS PRUEBAS SELECTIVAS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE VALORACIÓN POR EL TRIBUNAL CALIFICADOR DE UN CURSO DE FORMACIÓN: ACTUACIÓN AMPARADA POR LA DOCTRINA DEL “MARGEN DE TOLERANCIA”: IMPROCEDENCIA: DAÑO JURÍDICO EXISTENTE: INDEMNIZACIÓN PROCEDENTE**

Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de fecha 11 de abril de 2014 dictada por la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía, por la que se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la recurrente.

El demandante solicita la revocación de la resolución recurrida y expone los siguientes argumentos en apoyo de su pretensión:

La resolución administrativa recurrida se limita a indicar que la sentencia firme dictada por este mismo órgano judicial no condenó de forma expresa al abono de ninguna cantidad, pues se limitó a imponer a la demandada la obligación de volver a baremar a la demandante conforme a los fundamentos jurídicos de la sentencia y, en función de la puntuación, otorgar la plaza de funcionario se correspondía, tal y como así ocurrió al tomar posesión la actora de su plaza el día tres de noviembre de 2014. Pese a que se le han reconocido tres trienios y la carrera profesional, no así los efectos económicos correspondientes a este periodo en el que la ahora demandante no estuvo trabajando, con el evidente perjuicio económico, moral y la difícil situación familiar que le ha generado.

La actora participó en un procedimiento selectivo convocado mediante orden de nueve de diciembre de 2004, en relación con las pruebas selectivas para el sistema de acceso libre para ingreso en el Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Junta de Andalucía. El día 10 agosto de 2006 presentó recurso alzada contra las listas definitivas y en el mismo acto solicitó la revisión de su expediente. Contra la orden de 25 de octubre de 2006, por la que se resuelve el recurso alzada, se interpuso recurso contencioso-administrativo que fue resuelto por esta sala mediante sentencia de fecha 28

de julio de 2011 (JUR 2011, 373848) , que adquirió firmeza por diligencia de ordenación de 31 de mayo de 2012.

A continuación, se procede a relacionar el importe íntegro de las cantidades que hubiera recibido la demandante en caso de que la Administración hubiera actuado conforme a derecho, y, en consecuencia, hubiera tomado posesión de su plaza en fecha de 29 de enero de 2007, lo que arroja el montante total objeto del presente recurso. Finalmente, describe los requisitos para nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y cita abundante doctrina jurisprudencial sobre la suma indemnizatoria que procede en supuestos como el que nos ocupa.

La Administración autonómica solicitó la desestimación de la pretensión de la actora y expuso, en resumen, las siguientes consideraciones:

Los daños ahora reclamados derivan de la actuación errónea de la Comisión de Selección que intervino en el proceso para el acceso al Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Junta de Andalucía. Se alega en primer lugar la prescripción parcial de la acción, y sitúa el inicio del cómputo del plazo de cuatro años en la fecha en que se originó la obligación de abono de cada mensualidad que no fue satisfecha por la Administración demandada, esto es, desde enero de 2007 a mayo de 2009, fechas en las que ha vencido el citado plazo de prescripción. A continuación, manifiesta que la sentencia de este tribunal no señaló que su actuación fuera arbitraria, sino errónea sobre la base de parámetros técnicos.

La actuación del Tribunal calificador es reglada, y, por tanto, no cumple los requisitos para apreciar imputabilidad alguna. Invoca el art. 142.4 de la ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) , se indica que no toda anulación de un acto administrativo presupone el derecho a la indemnización, sino que es preciso que concurran los requisitos para ello. En particular, es consolidada la doctrina jurisprudencial que admite el denominado “margen de tolerancia”, de manera que no podrá sostenerse que un daño es antijurídico cuando responda a una actuación razonada y razonable de la Administración. Invoca las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2009 y 16 de febrero de 2009 , entre otras.

Afirma que la Administración ajustó su actuación a los límites de lo razonado y razonable, pues la sentencia únicamente anuló la resolución impugnada por discrepar del criterio de valoración de un concreto mérito puntuable -la realización de un determinado curso de formación- lo que supone un aspecto estrictamente valorativo, enmarcado en una interpretación errónea pero razonable.

En relación con el importe de la indemnización, la actora se limita a manifestar que no trabajó durante el periodo referido pero no aporta un Informe de Vida Laboral, que se trata de un documento que, según el parecer de la Administración, no puede ser recabado por la Administración andaluza, y es la reclamante la obligada a demostrar que no trabajó durante el periodo de 2007 a 2014 conforme al art. 217 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) . Finaliza su escrito señalando que transcurrieron 11 meses desde la firmeza de la sentencia hasta la presentación de la acción de responsabilidad patrimonial, lo que supone una dilación en ningún caso imputable a la demandada, y que en el expediente administrativo se solicitó la cantidad comprendida entre mayo de 2013 y noviembre de 2014, por lo que el fallo nunca podría otorgar dicha cantidad pues no puede conceder aquello que no fue solicitado ante la Administración.

Centrado así el debate, ha de señalarse que la responsabilidad patrimonial de la Administración pública se encontraba regulada en la fecha de los hechos por el artículo 139 de la ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ( Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) ), preceptos legales que explicitan el principio general de resarcimiento por las Administraciones públicas de los daños y perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos, sancionado constitucionalmente en España en el artículo 106.2 de la Constitución -que indica que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”-.

El régimen legal citado ha sido profusamente aplicado -y, consecuentemente, desarrollado e interpretado- por la jurisprudencia (tanto mediante la aplicación del actual y citado artículo 139 de la Ley 30/1992 , como su predecesor, el artículo 40 de la ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado ), y ha conformado un cuerpo de doctrina en cuya virtud cabe afirmar que para la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración hace falta la concurrencia de dos requisitos sustanciales positivos, uno negativo y otro procedimental:

- A) El primero de los positivos es el que exista un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con respecto a una persona o grupo de personas, que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar. Este requisito se incardina dentro de los elementos que han de ser objeto de la

prueba, si bien alguno de sus aspectos se produce o manifiesta dentro del ámbito de la argumentación de las partes (simplificado por la existencia de un catálogo de soluciones jurisprudenciales que cabe invocar -y apreciar- sin mayor disquisición), como puede ser la extensión y naturaleza de los daños resarcibles, las personas legitimadas y los supuestos en los que existe obligación jurídica de soportar el daño.

- B) El segundo requisito positivo es el de que el daño sea imputable a una Administración pública. Esta nota es la aparentemente más compleja, puesto que la doctrina común de la responsabilidad extracontractual y por actos ilícitos deviene en un complejo fenómeno de examen sobre la relación de causalidad, la eventual concurrencia y relevancia de concausas y la existencia de elemento, culpabilísticos. Sin embargo, en la responsabilidad patrimonial administrativa, en la configuración que disfrutamos de la misma desde la ley de 1957 (incluso desde la ley de Expropiación Forzosa de 1954), se encuentra enormemente simplificado por la expresión legal de que la lesión “sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos” ( artículos 122 de la ley de Expropiación Forzosa , 40 de la ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512) ). Fundamentalmente, se encuentran cuatro títulos de imputación a efectos de la determinación de la responsabilidad de una Administración respecto de una lesión concreta: que la lesión se produzca como consecuencia directa del ejercicio ordinario del servicio; que la lesión obedezca a una anomalía o no funcionamiento del servicio público; que exista una situación de riesgo creado por la Administración en el ámbito de producción del evento dañoso, o que se produzca un enriquecimiento injusto por parte de la Administración.
- C) El factor negativo es el de que no obedezca el daño a fuerza mayor. Esta nota ha sido precisada conceptual y jurisprudencialmente en el sentido de que se trate, para poder la concurrencia de fuerza mayor, de un evento producido con los requisitos tradicionales que distinguen a la fuerza mayor del caso fortuito (conceptos de previsibilidad e irresistibilidad), pero específicamente que se trate de una causa extraña al ámbito de funcionamiento del servicio público.
- D) El elemento procedimental es el de que se formule la oportuna reclamación ante la Administración responsable en el lapso de un año, a contar desde la producción de la lesión. Este elemento plantea la cuestión del término inicial -sobre el que se encuentran suficientes precisiones jurisprudenciales- y sobre la Administración a la que se deben de dirigir las reclamaciones si concurren

varias de ellas, cuestión expresamente resuelta por la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512) en favor de la solidaridad.

Por razones de lógica procesal procede la respuesta, en primer lugar, a la alegada prescripción parcial de acción de responsabilidad patrimonial entablada por la actora.

Conforme al art. 4.2 párrafo segundo del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RCL 1993, 1394, 1765) , por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, « En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas». Sobre el “dies a quo” que determina el inicio del cómputo del plazo de prescripción, existe una abundante doctrina jurisprudencial, de la que es exponente, por todas, la STS Sala 3ª de 1 marzo 2011 (RJ 2011, 1885) , que razona que « Como señalábamos en nuestra sentencia de trece de octubre de dos mil cuatro (RJ 2004, 7410) ,” el momento a partir del cuál se produce el «dies a quo» del plazo anual, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1969 del Código Civil (LEG 1889, 27) , viene determinado «cuando no haya disposición especial que otra cosa determine por el día en que la acción pueda ser ejercitada», de acuerdo con la teoría de la «actio nata». De ahí que para que se inicie el plazo de prescripción sea preciso que se conozca el alcance y la trascendencia e importancia de los daños que puedan ser objeto de reclamación.

El cómputo se inicia cuando se conocen los efectos lesivos en el patrimonio del reclamante, momento en el que existe ya la posibilidad de valorar su alcance y extensión, a la vista del principio antes enunciado de la «actio nata», lo que a efectos de una posible exigencia de responsabilidad implica el cómputo del término para la prescripción a partir del momento en que el perjudicado tuvo conocimiento del daño que sufrió, plazo prescriptorio de la acción que determina que ésta se inicia al tener cabal conocimiento del daño.

Así en Sentencia de veintitrés de enero de dos mil uno esta Sala declaró que «el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos -que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias

de la Sala Tercera de diecinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro , cuatro de julio de mil novecientos noventa y veintiuno de enero de mil novecientos noventa y uno ) del principio de «actio nata» (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad - ».

La proyección de la doctrina expuesta al caso que nos ocupa revela que el nacimiento de la acción se produce desde que el perjudicado pudo ejercitarla, lo que exige el conocimiento tanto del daño como de su ilegitimidad. No parece razonable exigir a la actora que reclamase mensualmente el abono del salario correspondientes a la plaza de funcionaria -que se le hubiera otorgado en el año 2007 en caso de que Administración hubiera actuado conforme a derecho- cuando todavía no era conocedora de la ilegitimidad del daño, puesto que la sentencia de este tribunal, por la que se condenó a la Administración a baremar el mérito acreditado por la actora, no fue dictada hasta el día 28 de julio de 2011 y su firmeza declarada el día 31 de mayo de 2012.

Desde la fecha de la firmeza de la sentencia hasta la interposición de la reclamación de responsabilidad patrimonial no transcurrió el citado plazo de cuatro años, que afirma la Administración autonómica que debe entenderse como el plazo prescriptivo respecto de cada uno de los honorarios que se devengaban mensualmente, ni el plazo de un año que dispone el citado art. 4.2 del RD 429/1993 , por lo que cabe concluir que la acción no se encuentra prescrita.

La Administración autonómica considera que la actuación que dio lugar a los perjuicios ahora reclamados, si bien fue anulada por sentencia firme, se realizó dentro de los márgenes de lo razonado y razonable, por lo que conforme a la doctrina del “margen de tolerancia” no puede entenderse que el daño sea antijurídico.

Como ya indicó esta sala en la STSJ Andalucía (Granada) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 26-4-2010, nº 933/2010, rec. 52/2003 (JUR 2012, 348924) « en los supuestos de anulación de una resolución sólo se genera responsabilidad cuando no se hubieren respetado los aspectos reglados del acto o no se haga una interpretación razonada y razonable de los conceptos jurídicos indeterminados que contenga la norma aplicable” ( STS de 10 de marzo de 1.998 , que recoge doctrina anterior del propio Tribunal en sentencia de 5 de febrero de 1.996 ), o de que “en los

casos de ejercicio de potestades discrecionales o en que la aplicación por la Administración de las normas jurídicas al caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma antes de ser aplicada ha de integrarse mediante la apreciación necesariamente subjetivizada por parte de la administración llamada a aplicarla de conceptos ciertos determinantes del sentido de la resolución, debe reconocerse un cierto margen de apreciación a la Administración, que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la Jurisprudencia..., haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión” ( STS de 10 de marzo de 1.998 ) ».

La sentencia que invoca la reclamante para justificar su pretensión indemnizatoria es la STSJ Andalucía (Granada) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 28-7-2011, nº 1846/2011, rec. 2586/2006 (JUR 2011, 373848) , que dispone lo siguiente « Concretado así el objeto de la revisión a ejercer en esta vía jurisdiccional y, habida cuenta de los motivos de impugnación que al respecto se articulan, se ha de solventar en primer término si de acuerdo con lo que sostiene la parte actora ha de servir en este caso como argumento revocatorio la prohibición de la denominada “reformatio in peius”, que consistió en la no valoración por parte de la Administración del Curso de referencia, decisión esta que se adoptó, apartándose de la tomada inicialmente, una vez que por la interesada en el uso del trámite de alegaciones frente al listado provisional de aprobados expuso que se había producido un error al computarse por el Tribunal 30 horas de duración de ese curso cuando son 300 las certificadas. [...]»

Así, cabe traer a colación el alegato del que también hace uso la actora en su demanda definiendo como arbitraria la actuación de la Administración, y, al respecto, se ha de señalar que cuando el proceder administrativo se incardina en el seno de los conceptos jurídicos indeterminados, (el de “relación directa” en este caso), ha de ser adoptada una sola solución y ésta ha de adaptarse a los parámetros preestablecidos genéricamente por la norma, ( Sentencia de 23-11- 2009 (JUR 2010, 140325) dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en recurso 101/2008 . Se trata, en definitiva, de la aplicación de conceptos que implican la utilización de criterios valorativos que permitan decidir sobre la procedencia el cómputo del mérito alegado en el apartado de que tratamos, lo que supone un control de equivalencia que, como declara la Sentencia de 4-1-2006 (RJ 2006, 88) dictada por la Sección 7ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en recurso 1187/2000 , entraña un juicio de



discrecionalidad técnica emitido por el órgano técnico competente al que se habrá de estar, y, ello, por tratarse de un órgano caracterizado por la cualificación y la imparcialidad de sus componentes, debiendo otorgarse un singular valor a las decisiones que adopte mientras no se haya demostrado su inequívoco error.

Pues bien, que un error se ha producido en el supuesto que nos ocupa es incuestionable y, en el caso de que el mismo hubiese afectado a la primera decisión, debió explicitarse cumplidamente por la Administración la razón que llevó a sustituir por lo contrario lo inicialmente resuelto. Así, si esa “cualificación”, “imparcialidad” y “singular valor” al que alude la precitada Sentencia de 23-11-2009 (JUR 2010, 140325) ha de predicarse tanto de lo inicialmente acordado como de lo que en su contra posteriormente se dicta, pues en ambos casos estamos ante un pronunciamiento de un órgano técnico de la Administración, no es posible, sin más, otorgar exclusiva validez a la última decisión por cuanto que igual carácter de juicio técnico amparado por la presunción de acierto tiene la consideración de que la “relación directa” se daba como la de que tal presupuesto no existe. La falta de motivación específica de este cambio de criterio es incompatible con el uso ahora de una fundamentación jurídica que defienda la legalidad del acto en atención meramente a la consabida discrecionalidad técnica de la Administración, razón por la que procede la anulación de la Resolución impugnada.

[...] Como consecuencia de cuanto antecede, y, habida cuenta de que no es cuestión controvertida el error de la Administración consistente en el cómputo de 30 horas lectiva de duración del Curso de que tratamos en vez de las 300 que constan en el correspondiente Diploma, deberá la demandada efectuar una nueva valoración del Curso de formador de formadores en atención a las certificadas horas lectivas de su duración, adoptando a continuación la decisión que corresponda en orden al derecho de la Sra. Elena a figurar en el listado definitivo de aprobados de las pruebas selectivas de que tratamos, determinación esta de inclusión, en su caso, que por corresponder a la Administración no podría ser adoptada en esta vía jurisdiccional sin más consideración que la fundamentación jurídica que sirve para el solo efecto de anular el acto que se impugna ».

De la lectura de la sentencia se desprende que la causa que originó la anulación de la decisión adoptada por la Comisión de Selección fue la falta de apreciación de un curso denominado “formador de formadores”, que, paradójicamente, inicialmente había valorado, y que sólo tras alegar la actora que se habían tomado en consideración únicamente 30 horas en lugar de

las 300 horas acreditadas, la Administración optó por no apreciarlo, con el resultado de que la recurrente no fue seleccionada para la plaza pretendida.

Dicha forma de actuar no puede estimarse razonada o razonable, ni amparada en el margen de apreciación propia de las discrecionalidad técnica, sino que, muy al contrario, la sentencia firme alude a un error incuestionable y a una actuación arbitraria por cuanto la Administración no argumentó la razón por la que, tras las alegaciones de la actora, dejó de valorar un mérito que sí había estimado idóneo en su primera decisión. Como indica literalmente la sentencia, « que un error se ha producido en el supuesto que nos ocupa es incuestionable y, en el caso de que el mismo hubiese afectado a la primera decisión, debió explicitarse cumplidamente por la Administración la razón que llevó a sustituir por lo contrario lo inicialmente resuelto . Así, si esa “cualificación”, “imparcialidad” y “singular valor” al que alude la precitada Sentencia de 23-11-2009 (JUR 2010, 140325) ha de predicarse tanto de lo inicialmente acordado como de lo que en su contra posteriormente se dicta, pues en ambos casos estamos ante un pronunciamiento de un órgano técnico de la Administración, no es posible, sin más, otorgar exclusiva validez a la última decisión por cuanto que igual carácter de juicio técnico amparado por la presunción de acierto tiene la consideración de que la “relación directa” se daba como la de que tal presupuesto no existe. La falta de motivación específica de este cambio de criterio es incompatible con el uso ahora de una fundamentación jurídica que defienda la legalidad del acto en atención meramente a la consabida discrecionalidad técnica de la Administración, razón por la que procede la anulación de la Resolución impugnada» .

En consecuencia, es la propia sentencia firme la que alude a una actuación arbitraria, con ausencia de motivación, y cuyo contenido no puede ser amparado por la discrecionalidad técnica.

Finalmente, si la Administración hubiera actuado conforme a derecho, tal y como se comprobó con posterioridad, la actora habría ingresado en el Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Junta de Andalucía desde el mes de enero de 2007. De esta manera, debemos concluir se ha producido un daño antijurídico y que la perjudicada no tiene la obligación de soportarlo, por lo que procede reconocer el derecho al cobro de la indemnización.

Respecto de la valoración del quantum de la suma indemnizatoria, sin embargo, asiste la razón a la letrada de la Junta de Andalucía en cuanto a que la actora no ha aportado ninguna prueba que acredite que no desempeñó ninguna actividad laboral durante el periodo concernido. No basta con alegar que no ejerció ocupación profesional alguna durante 7 años, sobre

todo cuando se trata de una cuestión de fácil prueba por parte de la actora mediante la aportación del “Informe de Vida Laboral”; y como sostiene la Administración demandada, se trata de un tipo de documento amparado por la LOPD (RCL 1999, 3058).

En consecuencia, no se han aportado los elementos necesarios para cuantificar el importe total de la indemnización, pues si la demandante hubiera desempeñado algún tipo de actividad es claro -y así lo ha reconocido la jurisprudencia en reiteradas ocasiones- que habría que descontar los ingresos recibidos. Sin embargo, por razones de justicia material la solución anudada al supuesto que nos ocupa no debe ser el rechazo de la indemnización que hemos reconocido, sino diferir su exacta determinación al trámite de ejecución de sentencia, más las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social y a las entidades gestoras de los sistemas de previsión social, prestaciones sociales y los gastos de naturaleza social, que, de igual forma, se determinarán en ejecución de sentencia.

Finalmente, no se aprecia desviación procesal entre lo solicitado en vía administrativa y el importe de los salarios que no se devengaron hasta su incorporación definitiva en noviembre de 2014, pues se trata de un “daño antijurídico” que se ha mantenido sin solución de continuidad hasta su ingreso como funcionaria; es decir, no se trata de un concepto novedoso o distinto a lo ya solicitado anteriormente, sino su natural extensión y consecuencia hasta que tomó posesión como funcionaria y comenzó a percibir los salarios debidos.

Por cuanto antecede, el recurso será parcialmente estimado.

(Sentencia núm. 2606/2017 de 21 diciembre. Sala de Granada Ponente: D Miguel Pedro Pardo Castillo)



# CRÓNICA PARLAMENTARIA



# Crónica general de la Legislatura Post-Bipartidista

*Víctor J. Vázquez Alonso*

La X legislatura ha certificado el fin de un sistema político en Andalucía que, como en la gran mayoría de los subsistemas autonómicos, estaba caracterizado por la propia lógica bipartidista, y en buena medida también, semi-presidencialista, que hasta hace muy poco regía en el parlamentarismo español a nivel nacional. Prueba de ello fueron los 81 días que hubieron de transcurrir tras la celebración de las elecciones, para que la candidata del PSOE obtuviera la confianza de la Cámara con los votos del su grupo parlamentario y el de Ciudadanos: un total de 56 síes frente a 51 noes. Sin duda alguna, pese a que esa ruptura con el paradigma bipartidista no significó un cambio en el partido de gobierno andaluz, sí que ha tenido una incidencia relevante en las instituciones parlamentarias de la comunidad autónoma, habiéndose dado, en este sentido, circunstancias hasta ahora inéditas desde el origen de la autonomía andaluza. A este respecto, lo primero que se podría señalar es que durante a X legislatura han adquirido un especial protagonismo los mecanismos de control parlamentario. Así, más allá de que, como bien ponen de manifiesto las cifras<sup>1</sup>, han sido muchas las iniciativas de control a las que ha tenido que hacer frente el gobierno, cabe destacar especialmente que se han llevado a cabo hasta tres comisiones de investigación de especial significado político, como han sido: la “Comisión de investigación relativa a la gestión de los fondos públicos, las encomiendas de gestión y subvenciones concedidas a la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo (FAFFE) desde su creación hasta la actualidad”; la “Comisión de Investigación relativa a las concesiones de las subvenciones otorgadas por la administración de la Junta de Andalucía en materia de Formación Profesional para el Empleo (FPE), desde 2002 hasta la actualidad, incluida su gestión, evaluación y justificación”; y la “Comisión de investigación relativa a un posible uso irregular de tarjetas de la extinta Fundación Andaluza de Formación y Empleo (FAFFE), siendo las dos primeras propuestas por el grupo parlamentario popular y la última a propuesta de ciudadanos.

En cualquier caso, puede subrayarse que, a pesar de la fragmentación del sistema de partidos en el Parlamento andaluz, y de la propia precariedad de la mayoría de gobierno, la X legislatura, como se resumirá continuación, no se ha caracterizado por la poca actividad legislativa, sino más bien al contrario. Todo ello sin obviar que ha habido ámbitos en los que se ha estado lejos de cumplir con las expectativas normativas proyectadas desde el gobierno andaluz, entre los que destacan el ámbito

---

<sup>1</sup> Así, durante la X legislatura se han llevado a cabo 177 Interpelaciones; 6753 preguntas escritas; 2688 preguntas orales en pleno y 6788 preguntas orales en comisión.

agrícola, y también el relacionado con la infancia, sobresaliendo aquí la cuestión aun no resuelta en sede parlamentaria, de la bio-climatización de las aulas. Concretamente, se han aprobado un total de 31 leyes, cuya procedencia ha sido en 24 ocasiones un proyecto de ley, siendo el resto propuestas de ley, en la mayoría de los casos suscritas por varios grupos parlamentarios. Igualmente, durante esta legislatura se ha aprobado un decreto legislativo, como es sabido, el 1/2018, de 19 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos.

Tomando en consideración el contenido de estas leyes, podríamos decir, en primer lugar, que bien puede calificarse la X legislatura como una legislatura de marcado carácter social. Como puede verse a continuación, buena parte de los trabajos legislativos bien pueden situarse en el eje de políticas públicas en materia de igualdad y extensión de derechos:

Ley de modificación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía

Ley por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género

Ley Andaluza del Voluntariado

Ley de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía

Ley de Servicios Sociales de Andalucía

Ley de medidas urgentes para favorecer la inserción laboral, la estabilidad en el empleo, el retorno del talento y el fomento del trabajo autónomo (procedente del Decreto-Ley 2/2015, de 3 de marzo)

Ley para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía.

La X legislatura se inserta igualmente en un contexto de recuperación y reacción frente a la crisis económica en España. A este respecto, podríamos destacar determinadas iniciativas en materia de función pública y empleo como las siguientes:

Ley relativa a medidas extraordinarias para el establecimiento de ayudas a los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo nº 160/2004, correspondiente a la empresa Hitemasa

Ley de modificación de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de



Declaración de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones de Altos Cargos y otros Cargos Públicos

Ley por la que se modifica la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, en materia de valoración de la antigüedad a efectos de méritos

Ley de medidas urgentes para favorecer la inserción laboral, la estabilidad en el empleo, el retorno del talento y el fomento del trabajo autónomo (procedente del Decreto-Ley 2/2015, de 3 de marzo)

A estas medidas habría que sumar algunos de los Decretos Leyes aprobados bajo el presupuesto habilitante de la “coyuntura económica problemática”, a través de los cuales, como vemos, se articulan igualmente políticas de reacción frente a ciertos aspectos sociales o puramente económicos de la crisis:

Decreto Ley 4/2015, de 27 de agosto, por el que se modifican determinados artículos de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, y se adoptan otras medidas urgentes

Decreto Ley 5/2015, de 15 de septiembre, por el que se modifican el objeto y los fines de las agencias públicas Servicio Andaluz de Empleo y Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, estableciendo el procedimiento para culminar la integración de la Red de Consorcios Escuela de Formación para el Empleo

Decreto Ley 1/2016, de 15 de marzo, por el que se modifican la Ley 2/2015, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para favorecer la inserción laboral, la estabilidad en el empleo, el retorno del talento y el fomento del trabajo autónomo; el Decreto-Ley 6/2014, de 29 de abril, por el que se aprueba el Programa EMPLE@JOVEN y la INICIATIVA @MPRENDE+ y el Decreto Ley 9/2014, de 15 de julio, por el que se aprueba el Programa EMPLE@30+

Decreto Ley 4/2016, de 26 de julio, de medidas urgentes relativas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

Decreto Ley 5/2016, de 11 de octubre, por el que se regula la jornada de trabajo del personal empleado público de la Junta de Andalucía

Decreto-ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía

Decreto-ley 1/2018, de 27 de marzo, de medidas para la gestión de los instrumentos financieros del Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020 y otras de carácter financiero.

Como puede apreciarse, en relación con el Decreto Ley, esta legislatura deja también un buen bagaje en relación a las posibilidades que ofrece y a la propia expresión de esta fuente del derecho en el ámbito autonómico, después de que dicha figura se incorporara, como es conocido, en la mayoría de las experiencias autonómicas, a raíz de la serie de reformas estatutarias emprendidas a partir de 2006. Cabe llamar la atención, en este sentido, que hasta en dos ocasiones se ha producido la no convalidación por parte de la Cámara del Decreto Ley aprobado por el Consejo de Gobierno, si bien en ambos casos, la introducción de mínimas modificaciones ha permitido una posterior aprobación<sup>2</sup>.

Con respecto a las novedades legislativas más significativas introducidas en esta legislatura, cabe hacer mención igualmente a las políticas legislativas que han prosperado en materia de urbanismo y medio ambiente. Así, de forma significativa destacan:

Ley relativa a modificación de la Ley 6/2016, de 1 de agosto, por la que se modifica la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía para incorporar medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable

Ley de Medidas frente al Cambio Climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía

Ley de medidas en materia de gestión integrada de calidad ambiental, de aguas, tributaria y de sanidad animal (precedente del Decreto-Ley 3/2015, de 3 de marzo)

Del mismo modo, cabe subrayar la aprobación leyes de especial calado democrático, como lo son la Ley de Participación Ciudadana de Andalucía y la Ley de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía; e igualmente, en el ámbito de la comunicación, tanto la Ley del Cine, como la reciente Ley de lo Audiovisual.

Como decíamos al comienzo, la X legislatura bien puede considerarse el punto de partida de una nueva realidad en lo que respecta a la función de control por parte del Parlamento. A este respecto, y más allá de la especial intensidad con la que se

---

<sup>2</sup> Una cuestión a la que nos referimos en “El uso del decreto ley frente a “coyunturas económicas problemáticas” y por gobiernos en minoría”, en *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 94 (2016), pp. 249-255

han puesto en práctica los mecanismos de control en un escenario parlamentario de pluralidad, lo cierto es que esta legislatura nos deja novedades importantes con respecto a lo que es la comprensión de la vida parlamentaria. De entre ellas, tal vez, cabe destacar, en primer lugar, la decisión aprobada por la presidencia del parlamento andaluz, en relación al control del cumplimiento de las mociones<sup>3</sup>, con la cual se pone fin a una laguna evidente en el Reglamento parlamentario que, al contrario del de otros parlamentos autonómicos, nada prevé a este respecto. Una decisión que ha otorgado a los grupos parlamentarios la posibilidad efectiva de controlar el cumplimiento de aquellas mociones que hayan prosperado, pudiendo éstos solicitar un informe público al Consejo de Gobierno en el que este explique el grado de cumplimiento del mismo, debiendo el Presidente de la Cámara situar en el primer punto del orden del día, cuando así se produzca, la ausencia de informe dentro del plazo requerido por parte del Consejo de Gobierno. Cabe señalar aquí que el impulso a la acción de Gobierno por parte del Parlamento ha sido también significativo durante la X legislatura. Concretamente, y en relación con las mociones parlamentarias, han sido aprobadas un total de 27. Y también, un total de 194 proposiciones no de Ley en el Pleno, y 714 en Comisión.

Desde el punto de vista del derecho parlamentario, ha sido igualmente muy significativa la problemática suscitada por la antinomia larvada, hasta ahora irrelevante, entre los artículos 34 y 36 del Reglamento parlamentario, que establecen reglas de para la elección de los miembros de la Mesa del Parlamento potencialmente contradictorias. En concreto, el artículo 34 establece la regla de que los tres vicepresidentes y los secretarios que integran la Mesa del Parlamento se elegirán por orden correlativo a través de una votación en la que los diputados únicamente podrán apoyar con su voto a un candidato de entre los propuestos respectivamente para las vicepresidencias y las tres secretarías. Al mismo tiempo, el artículo 36 incorpora desde su reforma de 1996, la regla de que todos los grupos parlamentarios han de estar representados en la mesa. Como es conocido, en la constitución de la Mesa de la X legislatura, el Presidente de edad interpretó, ante la situación de que en aplicación del artículo 34 el último puesto en la Mesa correspondería a una parlamentaria del Partido Popular, y en aplicación del 36 este correspondería al grupo parlamentario de Izquierda Unida, que era la regla del artículo 36 la que había de prevalecer. Como es conocido, la decisión del Presidente de edad dio lugar a un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por parte de la diputada del Partido Popular<sup>4</sup>, recurso que fue estimado y que provocó una modificación en la composición de la Mesa, integrando a la diputada popular recurrente, que relevaría al diputado de IU que había sido incorporado a la mesa en aplicación de la regla de representación de todos los

---

<sup>3</sup> BOPA, núm. 242, de 6 de junio 2016.

<sup>4</sup> STC, 199/2016.

grupos que establece el artículo 34. En cualquier caso, la ejecución de esta sentencia no dejaba de presentar aspectos problemáticos fundamentalmente porque la misma implicaba una inaplicación o derogación puntual del artículo 36 del Reglamento. A este respecto, la solución adoptada por el pleno del Parlamento ha sido la de llevar a cabo la única modificación del Reglamento que ha tenido lugar esta legislatura, con la aprobación de la Disposición adicional cuarta, cuyo tenor literal es el siguiente:

Durante la X legislatura del Parlamento de Andalucía, si algún grupo parlamentario no obtuviera ningún representante en la Mesa, deberá contar en ella con un vocal o una vocal, que será nombrado por dicho órgano a propuesta del grupo parlamentario afectado.

El vocal o la vocal, con voz pero sin voto, tendrá derecho de asistencia y opinión en las reuniones de la Mesa; recibirá la información necesaria para el desempeño de sus funciones; colaborará en el normal desarrollo de los trabajos de la Cámara según las disposiciones de la Presidencia; y ejercerá, además, cualesquiera otras funciones que le encomiende esta o la Mesa. No computará a efectos de quórum».

Como vemos, la reforma del Reglamento no ha devuelto, en cualquier caso, la plena eficacia a la previsión del artículo 36, ya que éste precepto no contemplaba una representación mermada sino plena de facultades de todos los grupos parlamentarios en la Mesa del Parlamento, mientras que la solución que para esta legislatura se adopta a través de la Disposición adicional cuarta, es la de excluir el voto del representante del grupo parlamentario que no hubiera obtenido su representación ex artículo 34.

De todas las formas, y ahora que nos encontramos ante la inminente elección de la Mesa para la XI legislatura, lo cierto es que hubiera sido necesario una reforma integradora de los artículos 34 y 36 del Reglamento, que diera respuesta a la necesidad de integrar criterios puramente proporcionales para la composición de la Mesa con el lógico interés de garantizar la representación del pluralismo político en ésta, a través de los grupos parlamentarios.

Con respecto a esto último, tal vez cabría cerrar con una reflexión general sobre la cada vez más necesaria reforma del Reglamento del Parlamento andaluz, de cara a suplir carencias y eliminar alguna de sus contradicciones. Más allá de que haya lagunas que impidan el cumplimiento de obligaciones legales y estatutarias, como por ejemplo en lo referido a la rendición de cuentas ante la Cámara de los senadores autonómicos, lo cierto es que optimizar el funcionamiento de ciertas instituciones parlamentarias, requeriría un debate en profundidad sobre la necesidad de reformas de fondo, y no, como hemos visto en el caso de las mociones, soluciones parciales adoptadas por la presidencia. En esta legislatura, sólo el grupo parlamentario de PODEMOS ha planteado una propuesta de reforma del reglamento, pero no

con carácter general, sino destinada exclusivamente a establecer nuevos mecanismos de cómputo para las dietas y las cesantías, la cual sólo obtuvo el apoyo de Izquierda Unida. Para la nueva legislatura que entra en curso, la reflexión sobre la reforma del derecho parlamentario andaluz seguirá siendo una de las grandes tareas pendientes.



# CRÓNICAS Y DOCUMENTOS







**La incidencia de la demarcación territorial  
en el derecho de propiedad. A propósito  
del régimen urbanístico de las “fincas complejas”  
y las “actuaciones de compatibilización”.  
Laguna legal y propuesta de *lege ferenda***

*Almudena Fernández Carballeda*

Profesora Titular de Derecho Administrativo

Universidad de A Coruña

Directora Ejecutiva de la Spin-off Ius Publicum Innovatio

Strategic Public Law

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL RÉGIMEN JURÍDICO URBANÍSTICO DE LAS QUE PUEDEN DENOMINARSE “FINCAS COMPLEJAS”. II. EL ORDEN COMPETENCIAL CONSTITUCIONAL Y LA COMPETENCIA AUTONÓMICA PARA ESTABLECER SU REGULACIÓN. III. LA COLABORACIÓN INTERMUNICIPAL Y LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA COMO PRINCIPIOS QUE JUSTIFICAN LA PROPUESTA. IV. ALGUNAS PROPUESTAS DE LEGE FERENDA EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD LEGISLATIVA AUTONÓMICA. 1. La división de la finca y su garantía registral. 2. La “agrupación urbanística” de la finca previo control municipal e inscripción registral. 3. Las licencias de compatibilización en régimen de concurrencia con unidad procedimental y acto resolutorio. V. CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: Constituye una tarea pendiente de los legisladores autonómicos en materia de urbanismo y ordenación territorial la adecuada articulación de las relaciones interadministrativas. Contempladas las actuaciones supramunicipales-territoriales o la figura de los instrumentos de ordenación municipal general conjuntos, desde el punto de vista estrictamente urbanístico, existen lagunas legales en el ámbito de la intervención administrativa, como es el caso de las fincas situadas en más de un término municipal cuando las actuaciones de uso del suelo, su transformación o edificación resultan afectadas por la demarcación territorial existente. La considera-

---

Recibido: 13/08/2018.

Aceptado: 9/11/2018.

ción y valoración adecuadas de los intereses públicos presentes en la utilización del territorio a través de los principios de información mutua, cooperación y coordinación, el principio de menor restricción en el derecho de propiedad y respetando, en todo caso, los ámbitos competenciales respectivos de cada uno de los Ayuntamientos afectados justifican de lege ferenda el tratamiento jurídico de las que pueden denominarse “fincas complejas” y sus “actuaciones de compatibilización”.

**PALABRAS CLAVE:** Demarcación territorial. Propiedad urbanística. Fincas complejas. Actuaciones conjuntas. Coordinación administrativa.

**ABSTRACT:** It is a pending task of the regional legislators in matters of urban planning and territorial planning the proper articulation of inter-administrative relations. Considered the supramunicipal-territorial actions or the figure of the instruments of joint municipal general planning, from the strictly urbanistic point of view there are legal gaps in the scope of the administrative intervention, as it is the case of the estates located in more than a municipal term when the actions of land use, its transformation or building are affected by the existing territorial demarcation. The adequate consideration and assessment of the public interests present in the use of the territory through the principles of mutual information, cooperation and coordination, the principle of less restriction on the right of property and respecting, in any case, the respective jurisdictional areas of each of the affected municipalities justify de lege ferenda the legal treatment of what may be called “complex farms” and their “compatibilization actions”.

**KEY WORDS:** Territorial demarcation. Urban property. Complex farms. Joint actions. Administrative coordination

### I. INTRODUCCIÓN. EL RÉGIMEN JURÍDICO URBANÍSTICO DE LAS QUE PUEDEN DENOMINARSE “FINCAS COMPLEJAS”

En la tradición urbanística española, el mayor problema que existe en la realización efectiva de las políticas y actuaciones urbanísticas para la efectividad de los derechos fundamentales y sociales y de los intereses generales a los que han de servir en cada momento, no está tanto en el planeamiento urbanístico, que depende en la práctica de la voluntad y compromiso municipal, sino en su gestión y en las actuaciones edificatorias y de uso del suelo. Y ello, tanto en el supuesto de actuaciones sistemáticas en ámbitos de actuación para satisfacer una demanda concreta como de actuaciones asistemáticas y aisladas en suelo urbano, o actuaciones en suelo rústico o de núcleo rural.

Los problemas pueden ser de diverso tipo. Pueden estar motivados por cuestiones de hecho relativas a la facticidad del suelo, o por cuestiones de derecho, por

razones de interpretación normativa o de una falta o incompleta regulación de la normativa vigente.

En este contexto, uno de los problemas que no encuentran solución legal en la normativa vigente, ni se halla incorporada como Derecho positivo pero es una realidad jurídica, es el caso de las que voy a denominar "Fincas complejas" y el régimen de actuación y de intervención administrativa en las mismas.

La finalidad de su tratamiento *de lege ferenda* es hacer efectivo el derecho a edificar y, más concretamente, poder materializar el aprovechamiento urbanístico atribuido por la ordenación aplicable, respetando el principio de vinculatoriedad del planeamiento y la garantía institucional de la autonomía municipal de acuerdo con un adecuado entendimiento de este principio.

Se analiza en este estudio el régimen urbanístico y el procedimiento de intervención administrativa y de gestión urbanística en fincas cuya superficie se extiende en más de un término municipal. En otros términos, fincas que pertenecen o están localizadas en Ayuntamientos distintos limítrofes que disponen de un instrumento de ordenación propio que abarca la totalidad del respectivo término municipal o que no cuentan con planeamiento general, por los problemas urbanísticos que presentan. Y ello, ya sean municipios pequeños o de gran población.

Mientras que otras cuestiones que pueden afectar a varios Ayuntamientos limítrofes, como los planes conjuntos, las directrices de ordenación del territorio, los planes sectoriales, las actuaciones supramunicipales, o los derivados de la comarcalización, o de la mancomunidad de servicios han sido objeto de estudios doctrinales y sustanciados en sede jurisprudencial, contando además con una regulación legal expresa en la legislación, por el contrario, la situación de hecho de las que pueden denominarse "Fincas complejas" y su régimen jurídico no cuentan con regulación legal ni expresa ni indirecta en el marco comparado de legislaciones autonómicas vigentes ni tampoco a nivel básico estatal en ningún cuerpo normativo existente.

Más allá de los criterios o principios rectores que puedan derivarse del marco normativo del urbanismo vigente, nos encontramos con una laguna legal que es preciso concretar. Razones de seguridad jurídica y de garantía de los derechos fundamentales como es el derecho de propiedad (art. 33 CE), la calidad de vida y la cohesión social (art. 45 CE) exigen su consideración y la necesidad de una regulación en el Derecho positivo.

El punto de partida en este dictamen es la definición legal de Finca que prevé 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 (en adelante TRLSRU).

El art. 26.1 la define como “*unidad de suelo o edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en pro indiviso (...)*”. Así, por “Finca Compleja” podemos entender aquellas unidades de suelo que participando de este régimen de dominio están situadas entre dos términos municipales.

La justa y lógica interpretación del supuesto y la búsqueda de soluciones ha de partir de tres presupuestos inexcusables.

En primer lugar, del correcto entendimiento del orden constitucional competencial en materia de urbanismo y la relación bases estatales y desarrollo del legislador autonómico, conforme a los arts. 149.1.1 C., 148.1.3. CE y 25 LBRL.

En segundo lugar, de la finalidad última del Derecho urbanístico, de armonizar y cohesionar en todas las actuaciones sobre el suelo los intereses generales y el ejercicio del derecho a edificar, de acuerdo con los arts. 1, 3 y 4 sobre el objeto de la función pública del urbanismo y art. 12 del TRLSRU sobre el estatuto jurídico de la propiedad del Suelo.

En otros términos, se trata de buscar ante situaciones o supuestos de hechos complejos soluciones de acuerdo con una situación de equilibrio entre los intereses generales y el derecho de propiedad como fin último del Derecho administrativo y de las disciplinas a las que sirve cuando resultan implicados derechos fundamentales<sup>1</sup>

Y en tercer lugar, la necesidad de superar planteamientos uniformistas en la regulación del régimen jurídico de la propiedad del suelo, a partir de la existencia de una diversificación autonómica de la institución dominical y considerar como nota determinante la realidad social y la singularidad de un territorio con el fin de no limitar actuaciones edificatorias compatibles con la situación y clase de suelo como único presupuesto del derecho a edificar.

La ordenación urbanística de los municipios limítrofes ha sido considerada por el legislador urbanístico en las distintas reformas a través de la figura de los planes conjuntos. Sin embargo, esta figura no ha tenido respuesta por los Ayuntamientos, que han optado por dotarse de un plan propio o, en su caso, la opción de ordenarse por ordenaciones provisionales o de carácter urgente, en todo caso transitorias, estando en una situación de regulación subsidiaria.

Se trata de lograr una óptima coordinación entre las Administraciones con competencias sobre una misma finca ubicada en distintos términos municipales en orden a garantizar, desde el máximo respeto al criterio de la territorialidad y al principio de la autonomía local y vinculatoriedad del planeamiento, la mayor seguridad jurídica

---

<sup>1</sup> Cfr. GONZÁLEZ PEREZ, J., “Prólogo” al *El urbanismo finalista. A propósito del principio de menor restricción en el derecho de propiedad*, de FERNANDEZ CARBALLAL, A, Ed. Civitas, Madrid, 2002b, p. 17.

en los actos de edificación y uso del suelo y una eficacia en la gestión de los procesos de tramitación de los expedientes de solicitud de autorización o título habilitante y de las actuaciones sistemáticas que en alguno de los municipios afectados se haya previsto.

La garantía institucional del autogobierno local no está referida en la CE 1978 a un elenco de materias y competencias, sino tan sólo a la exigencia constitucional de que la presencia de una determinada y cualesquiera materia de intereses de las comunidades locales, debe compartir la intervención de las entidades afectadas en la gestión administrativa de la materia de que se trate.

De acuerdo con la garantía constitucional de la autonomía local y el bloque competencial que en materia de urbanismo se deriva del bloque constitucional: arts. 148.1.3, y 149.1. CE, 27.3 y 38 EAG y art 25.2 LBRL), se proponen en este informe al menos dos tesis y soluciones para resolver situaciones urbanísticamente complejas por razones territoriales y de jurisdicción en las Fincas complejas.

## II. EL ORDEN COMPETENCIAL CONSTITUCIONAL Y LA COMPETENCIA AUTONÓMICA PARA ESTABLECER SU REGULACIÓN

El análisis del régimen jurídico de la propiedad urbanística exige en cualquier cuestión que se aborde, partir de la base de los presupuestos constitucionales básicos que, en relación con el régimen del suelo y al gestión urbanística, se han mantenido prácticamente inalterados en la legislación española y contribuyen a delimitar, material y competencialmente, la propiedad del suelo.

En el terrenos de los hechos, y de las situaciones fácticas que presentan muchos suelos y con el fin de determinar su régimen de usos y destino, sus concretos aprovechamiento y sus condiciones o estándares urbanísticos aplicables, nos encontramos con casos que el legislador no ha regulado la de las "fincas complejas".

En estos supuestos, el recurso al complemento jurisprudencial, sobre la luz que aportan los principios generales del Derecho permite aportar al menos dos soluciones o tesis desde la perspectiva de los intereses generales como principio operativo en el que se ancla todo el quehacer de la de la Administración Pública, incluida la función pública urbanística, con la solución de equilibrio con los intereses privados, principal sentido de la disciplina del Derecho Administrativo, que como se sabe, nuclea el Derecho Urbanístico.

Así, por un lado, la vinculación al fin propia del carácter instrumental de las potestades pública, y por otro lado, el principio de menor restricción en el ejercicio del derecho a edificar<sup>2</sup>, sirven para ofrecer una respuesta a muchas normas vigentes y

---

<sup>2</sup> Vid. SSTS 18:III.1995 (Ar. 2088), 12.VII.1985 (Ar. 3899) y 9.XII.1998 (Ar. 8718).

situaciones de hecho que, en materia urbanística, no ha sabido reflejar con acierto el legislador o, sencillamente, no cuentan con expreso reconocimiento legal en nuestro Ordenamiento jurídico.

La cuestión objeto de estudio se complica, inicialmente, teniendo en cuenta el panorama que ofrece la organización administrativa del urbanismo. La misma no contribuye precisamente a proporcionar un clima sencillo donde puedan surgir relaciones interadministrativas de cooperación y coordinación conforme al adecuado equilibrio entre los principios de unidad y autonomía que proclama la Constitución.

Existen posibles líneas de reforma en este sentido, no tanto de carácter orgánico como de carácter funcional y competencial, para una eficaz organización administrativa en esta materia como condición necesaria en cualquier ordenación urbanística que se lleve a cabo así como facilitar supuestos de su ejecución.

Para justificar la propuesta de *lege ferenda* que se propone y su fundamentación jurídica concreta, debemos partir del régimen urbanístico de la propiedad que aparece configurado en nuestro Ordenamiento jurídico. Se articula por un conjunto de principios o declaraciones de *principio básicos a las que de atender la acción urbanística* de las Administraciones (regulados en la Ley estatal), sin perjuicio de la Comunidad Autónoma, en el desarrollo de su competencia ex art. 148.1.3ª CE, de su potestad legislativa para establecer ulteriores condiciones con el objeto de delimitar el contenido del estatuto jurídico de la propiedad urbana dentro de su respectivo ámbito territorial<sup>3</sup>.

Partiendo de la regulación contenida en el art. 3 del TRLSRU que si bien con otro título (principio de desarrollo territorial y urbano sostenible) regula lo que en precedentes normativos se rubricaba como “finalidades básicas de la acción urbanística”, puede afirmarse que el objeto del legislador estatal no consistió ni en señalar concretos fines ha cuya consecución han de enderezarse las políticas urbanísticas de las CCAA como tampoco imponer un determinado modelo territorial y urbanístico concreto ni agotar la regulación de la propiedad urbana. En el mismo sentido, se expresa el art. 11 y ss sobre el Estatuto jurídico de la propiedad del suelo<sup>4</sup>. Y ello, como ha declarado el TC, porque ello no sería posible en términos competenciales.

La regulación de la propiedad urbana viene configurada por principios o reglas generales estatales que sirven para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales (la urbanización como función pública, la primacía del pla-

---

<sup>3</sup> Cfr. MEILÁN GIL, J. L. y FERNANDEZ CARBALLAL, A., “La Ley del Suelo de Galicia y la legislación urbanística del Estado”, en *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y perspectiva de futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 238.; FERNÁNDEZ CARBALLAL, A. (2002b).

<sup>4</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E y PAREJO ALFONSO L *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, Madrid, 1981, p 251. En el mismo sentido, la STC 61/1997, de 210 de marzo (fj 14,a).

neamiento, la función social de la propiedad, la equidistribución, la participación solidaria en las plusvalías, el estatuto básico del suelo y el desarrollo urbano sostenible), pero "sin menoscabo de la competencia urbanística de las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, de la competencia de éstas para dictar también normas sobre la propiedad urbanística" (STC 61/1997, FJ 10, in fine) así como mecanismos capaces de ajustar el ejercicio del derecho a edificar al interés público urbanístico" (STS 21.II.1981, Ar. 1147).

La aptitud, la adecuación, la idoneidad, y el uso racional del suelo como fin último de las políticas urbanas constituyen así variables que sirven para concretar el concepto jurídico indeterminado de interés público en el caso de actuaciones sobre parcelas complejas.

Basta la consideración anterior así como otras circunstancias y factores que puedan concurrir en el destino y uso otorgado por el plan a una finca (una concreta demanda, creación empleo, abaratamiento costes, etc) para justificar una intervención edificatoria en una finca compleja dentro del respeto a los límites que impone el principio de autonomía local, de participación pública y de coordinación preventiva entre los Ayuntamientos afectados.

Por lo tanto, de acuerdo con el régimen constitucional competencial del urbanismo<sup>5</sup>, el único límite infranqueable que se impone al legislador autonómico para regular la situación y régimen jurídico de las "parcelas complejas" es el de respetar en su regulación del régimen jurídico de la propiedad urbanística su contenido esencial (art. 53 CE). Y en su ejercicio, las condiciones que garantizan la igualdad en cuanto garantía del derecho de propiedad como derecho fundamental (art. 33 CE). Ya como limitaciones, las derivadas del orden competencial, del principio de autonomía local y de la participación pública y audiencia como trámites para garantizar la legitimación democrática con que está configurado en nuestro Ordenamiento el sistema urbanístico.

Las condiciones básicas que prevé el TRLSRU están comprendidas en el régimen jurídico de los derechos fundamentales (STC 25/983, fj 4; 122/1989, fj 5; 61/1997, fj 10 in fine), condiciones que prevé el art. 11 y ss TRLSRU. Si bien no impiden al legislador autonómico contemplar en desarrollo de esas premisas básicas propias de orden unitario, una regulación particular<sup>6</sup> por razones de "complejidad funcional", como reconoce expresamente del art. 3.3 del TRLSRU

---

<sup>5</sup> Cfr. FERNÁNDEZ CARBALLAL, A. *El régimen jurídico del urbanismo en España. Una Perspectiva competencial*, INAP, Madrid, 2002a, pp. 33 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "La significación de las competencias exclusivas del Estado", en *REDC*, núm. 5 (1982), p. 76.

En el mismo sentido, otorga cobertura a la regulación que se propone la habilitación o remisión a la legislación urbanística autonómica que hace el legislador estatal para definir el contenido normal del derecho de propiedad (una vez reconocida que su función social no es única en todo el territorio nacional) en su art. 12.1 TRLSRU y que se justifica como desarrollo de los arts. 3.3, in fine, 3.4, 4.1 in fine, 5, 11.3, 24 y 26 del TRLSRU, entre otros.

De acuerdo con el art. 12.1 TRLSRU: *“El derecho de propiedad del suelo contempla 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”.*

En consecuencia, la legislación básica vigente y la doctrina constitucional señalada otorgan cobertura al legislador autonómico para regular particularidades inherentes a la situación del suelo, su destino y uso, siempre de acuerdo con el principio de vinculatoriedad y considerando los distintos intereses concurrentes, en estos casos, los de los respectivos municipios y los del particular afectado.

Por otra parte, en lo que se refiere a los presupuestos básicos de la gestión urbanística contenidos en el TRLSRU, tampoco impiden al legislador urbanístico autonómico considerar criterios objetivos de obtención del mejor aprovechamiento del suelo que permitan prever mecanismos y técnicas de gestión que en todo caso respeten: a) el sustraer la dirección y control de la gestión urbanística al mecanismo de mercado; 2) el sustraer la dirección y control del proceso urbanizador a la libre iniciativa privada en cuanto sometidas a la correspondiente intervención y por ser la transformación del suelo a través de la urbanización una obra pública, con independencia de su directa o indirecta gestión.

El TC ha declarado, en este sentido, que es competencia de las Comunidades Autónomas arbitrar los procedimientos y técnicas necesarias en orden a la ejecución del planeamiento (STC 61/1997, FJ 27,b) así como las de control en la actividad privada sobre el uso del suelo y la edificación, en cuanto límites urbanísticos al ejercicio del derecho a edificar que, en cuanto conforman la función social, a la CA corresponde definir y concretar para cada supuesto. (art. 11.3 TRLSRU).

En este sentido, la posibilidad de delimitar ámbitos de actuación discontinuos con suelo que pertenece a distintos Ayuntamientos que tengan la misma clasificación a los efectos de una actuación de transformación o de dotación, siempre y cuando se respete el principio de obligatoriedad de cada ordenación y el principio de autonomía local articulando las técnicas de coordinación y aprobación necesarias, encontraría cobertura normativa en la potestad legislativa autonómica



Como ha declarado el TS en una sentencia magistral de 24.XII.1992 (Ar. 1413)<sup>7</sup> en relación con el principio de racionalidad, el mismo exige que

*“las drásticas reducciones que ha sufrido el contenido del ius domini, no vayan más allá de lo estrictamente determinado en el Ordenamiento jurídico aplicable, lo que en esta materia nos viene dado por el ordenamiento planificador de la zona en cuestión: ya que, por otra parte, al descender del nivel de la planificación al de intervención en el caso concreto, si existe alguna duda en aquél, en este otro ha de operarse de la forma menos restrictiva de la libertad individual”* como ordena el art. 6 RSCL.

En el mismo sentido, el TS ha sentenciado el mismo principio de menor intervención fijando el siguiente principio. Así en la STS 4.VI.1976, refiriéndose al derecho a edificar, se declaraba que:

*“la edificación de las parcelas de suelo urbano no es solamente un derecho sino también un deber genérico, siempre que se cumplan las previsiones de la legislación vigente, de manera que el principio en la materia, recogido jurisprudencialmente, es facilitar en la medida de lo factible el ejercicio de tal derecho-deber ...”*.

Y ello, porque los derechos fundamentales, como es el de propiedad, son intereses generales permanentes, para cuya eficacia y garantía la legislación urbanística autonómica debe regular la propiedad urbana conforme al marco básico estatal bien directamente bien por remisión a los instrumentos de ordenación que la misma prevé (arts. 33.2 y 53.1 CE)<sup>8</sup>.

En otros términos, las Comunidades Autónomas son las instancias territoriales competentes para llevar a cabo regulaciones diferenciadas en materia de propiedad urbanística. Ninguna norma requiere actuaciones iguales en el desarrollo de su potestad legislativa.

### III. LA COLABORACIÓN INTERMUNICIPAL Y LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA COMO PRINCIPIOS QUE JUSTIFICAN LA PROPUESTA

Además del fundamento en el orden constitucional competencial que se expuso en el epígrafe anterior, la colaboración intermunicipal y la cooperación administrativa (art. 103 CE) constituyen elementos inherentes al sistema y compatibles con la reafirmación de la autonomía local.

---

<sup>7</sup> Vid. Ar. 1413, retro trayéndose a la evolución histórica del derecho de propiedad, concretamente, al Derecho Quiritario. Sobre el principio de racionalidad en el desarrollo de la función pública urbanística, cfr. FERNÁNDEZ CARBALLAL, A. (2002b: 143 y ss.).

<sup>8</sup> Vid. STC 61/1997, de 20 de marzo (FJ 9a).

La reafirmación de la autonomía local en la LBRL no se opone a que respecto la competencia en materia de urbanismo existen otras instancias territoriales decisorias. Así se desprende del art 25.2,d) LBRL conforme al cual las competencias de los Municipios en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística se ejercerán, en todo caso, en los términos que establezca la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.<sup>9</sup>

Partiendo así de la indiscutible premisa de la concurrencia competencial que se proyecta sobre este sector material, y la potestad legislativa de la CA para regular el concreto contenido normal del derecho de propiedad en su ámbito territorial, la regulación que se aborde sobre las Fincas complejas encontrará tan sólo el límite del principio de autonomía local.

El reconocimiento de esta autonomía supone la atribución de una esfera de intereses propios y de competencias para su gestión sí como una capacidad de autogestión y de representar los intereses de sus comunidades.

Ahora bien, de acuerdo con el bloque constitucional, las áreas de interés que deben tutelar cada una de estas Administraciones *“no constituyen ámbitos competenciales exclusivos, sino en gran medida concurrentes, de manera que la redistribución formal de la competencia supone al propio tiempo la necesidad de fórmulas de cooperación y colaboración organizadas”*<sup>10</sup>

La colaboración intermunicipal y la cooperación interadministrativa que proclama el art. 103 CE en cuanto elementos inherentes al sistema de nuestro Estado, como señaló el TC en la Sentencia 18/1982, de 4 de mayo está condicionada al respeto del orden competencial que deriva del bloque constitucional-

Reconocida la competencia legislativa de la CA para introducir particularidades derivadas de su modelo territorial, como es la existencia de fincas de un mismo propietario radicadas en distintos Ayuntamientos y su régimen jurídico, el único condicionante de tal regulación será el respeto a la autonomía local (a través exigencias formales como la audiencia de los ayuntamientos afectados, la participación pública y materiales como la vinculatoriedad de cada planeamiento sobre el suelo afectado) que se traduce en que la potestad de coordinación legislativa sirve para regular el modo de desarrollar las competencias de cada uno de los municipios, orientar el comportamiento de los Ayuntamientos afectados a través de directrices y criterios de actuación de carácter obligatorio

---

<sup>9</sup> Vid. entre otras, SSTS 31.XII.1985 (Ar. 1554) y 4.XII.1987 (Ar. 9355).

<sup>10</sup> Vid. STS 18.VII.1987 (Ar. 6123).

La misma habilitación legal a la Comunidad Autónoma para regular este nuevo régimen jurídico de fincas complejas que estén en la misma situación básica de suelo (urbanizado o rural ex art. 21 TRLSRU ) se deriva de los arts 10.2 y 3 LBRL, al regular los supuestos en los que pueden operar una coordinación (en este caso normativa) de las competencias de las Entidades Locales: a) cuando la actividad o servicio público local trasciende el interés propio de las correspondientes entidades locales; b) cuando tales actividades o servicios incidan en las que corresponde gestionar a otras CCAA; c) cuando en el desarrollo de los mismos concurren o sea complementarias las competencias de otras instancias territoriales, de otros municipios en estos casos.

Se trata, en definitiva, que la ley autonómica prevea formulas de coordinación general que permitan ejercitar el derecho a edificar y el derecho a llevar actuaciones de urbanización o dotación necesarias y justificadas en suelos cuya extensión, por su situación o configuración territorial, no pertenecen a un único Ayuntamiento.

Se impone en estos casos una visión de integración y estratégica de distintas demarcaciones territoriales en el conjunto del territorio, para evitar las contradicciones, reducir las disfunciones y limitaciones en el ejercicio del *ius aedificandi*, respondiendo a un sistema equilibrado de las distintas competencias de los entes afectados a través de una actuación cooperativa y coordinadora en el ejercicio de la función pública urbanística y en orden a la viabilidad de gestión o edificación de determinados suelos, de forma armónica y coordinadamente en su programación y ejecución y edificación (art 10 LBRL).<sup>11</sup>

Esta perspectiva la ha puesto de manifiesto la doctrina del TC en reiteradas ocasiones. La autonomía de los municipios no es total y absoluta, lo que resultaría contrario a la Constitución. Cada organización territorial dotada de autonomía forma parte de un todo. Y así se deriva del propio art. 25.2, d) que no concrete expresamente que esta materia es una competencia propia sino cuando este atribuida por las leyes urbanísticas autonómicas (art. 7.1., in fine y 2 LBRL).

El hecho jurídico de la inclusión de una Finca en dos términos municipales no puede enervar sin más las posibilidades edificatorias y de desarrollo urbanístico por razones simplemente territoriales. Lo contrario, desnaturalizaría un uso racional de suelo, proporcionado y objetivamente adecuado para satisfacer los intereses generales que plasma una determinada ordenación (una actuación de dotación, equipamiento o urbanización o simplemente una actuación de aislada de edificación) que de otra manera, considerando límites territoriales estancos, no podrían llevarse a cabo bien por no cumplir las condiciones de edificación y emplazamiento requeridas

---

<sup>11</sup> Vid. STS 5.III.1988 (Ar. 1784); STC 84/1982, de 23 de diciembre (EJ 4); STC 4/1981, de 2 de febrero (EJ 3), entre otras.

bien por tener la finca alguna carga o estar parte de la misma en situación de fuera de ordenación de acuerdo con el régimen que de esta institución prevea el legislador urbanístico .

### IV. ALGUNAS PROPUESTAS DE LEGE FERENDA EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD LEGISLATIVA AUTONÓMICA

#### **1. La división de la finca y su garantía registral**

Como primera solución y más sencilla que no plantea ningún problema, y que ni siquiera sería necesario reflejar en la Ley, es la oportunidad de dividir la finca compleja en dos o más lotes conforme al régimen jurídico previsto en la legislación civil. Se trataría de constituir fincas independientes sometidas en cuanto a su uso y destino a la ordenación urbanística aplicable en cada término municipal y a los procedimientos de control y gestión que prevea la normativa autonómica.

La división de una finca es una operación técnica de división del suelo que , como ejercicio del derecho de propiedad, es lícita con arreglo a las normas del Derecho Común. Sólo cuando con estas operaciones de división de fincas se puede dar lugar a constituir un núcleo de población, la división recibe el nombre de parcelación urbanística, esto es operación técnico jurídica sujeta a la intervención administrativa a través de la respectiva licencia.

La división realizada en el Registro de la Propiedad no afecta al dominio de las fincas divididas. Desde el punto de vista urbanístico, quedarán sometidas al régimen urbanístico aplicable en cada municipio conforme a su ordenación aplicable, planeamiento vigente y legislación aplicable, general y sectorial, a los efectos de llevar a cabo cualquier acto de edificación y uso del suelo.

#### **2. La “agrupación urbanística” de la finca previo control municipal e inscripción registral**

La agrupación urbanística de una finca se propone como una solución para hacer posible actuaciones intermunicipales que no reúnan un carácter supramunicipal ni un interés general público tal y como se definen estas por la legislación de ordenación territorial.

Consistiría en que las partes de la finca pertenecientes a distintos Ayuntamientos puedan reunirse a efectos urbanísticos siempre que ambas partes tengan el mismo estado de suelo (rural o urbanizado) y su destino, uso y condiciones de edificación en ambos Ayuntamientos sea compatible para llevar a cabo una determinada actuación de urbanización o acto de edificación.

No es complicado entender que se excluirían de esta solución los siguientes supuestos:

1.- Fincas complejas que en alguna de sus partes estén afectas a sistemas generales en cuanto elementos estructurantes del territorio municipal (comunicaciones, espacios libres y zonas verdes o equipamientos) si bien en estos casos, como se ha señalado, podrían tener cobertura, en la figura de los Planes de Incidencia Supramunicipal que prevén la mayoría de las legislaciones autonómicas.

2.- Fincas en las que alguna de sus partes tengan la declaración de utilidad pública o necesidad de ocupación a efectos de expropiación.

3.- Fincas en las que alguna de sus partes sean de dominio público o estén incluidas en el patrimonio municipal del suelo.

4.- Fincas complejas que en alguna de sus partes exista una carga o gravamen incompatible con el derecho a edificar o conste respecto a la misma un expediente de disciplina urbanística en curso, en tanto no recaiga sentencia judicial firme y auto de archivo previa la ejecutoriedad de la misma.

Esta alternativa está justificada para el supuesto que el propietario de la finca compleja quiera regularizar la situación interterritorial urbanísticamente sin la intención de llevar a cabo a priori un acto de edificación y uso de suelo o promover una actuación de urbanización y sólo hacer constar esta operación en el Registro a efectos de terceros.

Se trata de una manifestación clara del equilibrio entre los intereses generales y el principio de menor intervención en el derecho a edificar, permitiendo actuaciones que, sin reunir un interés general público ni un carácter supramunicipal, ya previstas en la normativa de ordenación territorial, sean compatibles territorialmente y garanticen un uso racional y sostenible de suelo (art. 2 TRLSRU).

La agrupación urbanística estaría sometida a licencia municipal, que deberá solicitarse en cualquiera de los Ayuntamientos afectados con audiencia del "no tramitante" por un plazo de quince días para la emisión de un informe favorable. La licencia tiene por objeto de comprobar si con la agrupación urbanística de la finca se vulnera el modelo territorial trazado por cada uno de los Ayuntamientos y si su situación, uso y destino resultan compatibles para llevar a cabo una actuación territorialmente conjunta<sup>12</sup>.

La licencia de agrupación obtenida constituirá título habitante para su inscripción registral mediante anotación preventiva en el asiento de la finca afectada, como

---

<sup>12</sup> Vid. STS 25.9.1992 (Ar. 6985): En un caso de agrupamiento de parcelas, que por su fundamentación puede considerarse para la tesis propuesta.

“finca agrupada urbanísticamente”, como garantía de terceros adquirentes y de fe pública registral.

Esta tesis encuentra plena cobertura en la legislación básica estatal. De acuerdo con el art 65.1, d) y h) del TRLSRU:

*“Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad:*

*d) Las condiciones especiales a que se sujeten los actos de conformidad , aprobación o autorización administrativa, en los términos previstos por las leyes”*, en este caso la ley gallega que así lo prevea.

*h) Cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo de los instrumentos de ordenación o ejecución urbanísticos, modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho rea sobre fincas determinadas o la descripción de éstas”.*

### **3. Las licencias de compatibilización en régimen de concurrencia con unidad procedimental y acto resolutorio**

De acuerdo con el marco competencial del sistema urbanístico español, resulta incuestionable que el régimen de intervención administrativa en el uso del suelo y edificación constituye una competencia autonómica para arbitrar los tipos de licencias urbanísticas y actos de aprobación o conformidad en cada caso necesarios.

La legislación básica estatal -TRLSRU- se limita a someter las actuaciones urbanísticas y edificatorias a los títulos habilitantes o actos de aprobación necesarios. No se concretan los distintos tipos ni su contenido. La necesidad de contar con título administrativo es condición básica de ejercicio e art. 149.1.1ª CE por formar parte del contenido normal del derecho de propiedad, pero su regulación y concreción en lo que se refiere al título urbanístico (distintos a los sectoriales por razón de los intereses concurrentes) corresponde al legislador autonómico.

Es unánime en la jurisprudencia el carácter de *númerus apertus* de las actuaciones sometidas a licencia urbanística: todas aquellas actividades o actuaciones que impliquen un “uso urbanístico” o una “transformación material” del suelo, es decir un uso artificial distinto del mero uso natural del que el todo el terreno es susceptible, precisa la obtención de previo licencia.<sup>13</sup>

La expresión utilizada de “licencia de compatibilización” o compatibilidad de una licencia urbanística hace referencia al problema que se asociaría a licencias solicitadas en municipios diferentes sobre una misma finca situada en varios términos municipales, que pueden contener ordenaciones diferentes, no contradictorias sino

---

<sup>13</sup> Vid, entre otras, las STS 27.II.1998 (Ar. 1546) y 15:XII.1998 (Ar. 9725).

compatibles>, resultando complicado o imposible en muchos casos ejercitar el derecho a edificar o su restricción por no existir en el momento actual una regulación que las ampare.

Cuando un terreno o finca pertenece así a dos términos municipales distintos, la regulación vigente somete cada actuación a un procedimiento y control independiente en cada término municipal. No existe un mecanismo para simultanear dos ordenaciones urbanísticas con la obtención de un único título habilitante para el ejercicio del derecho a edificar.

La función social la propiedad urbana y el principio de vinculatoriedad del planeamiento no son óbice para justificar en estos casos una actuación conjunta por razones de territorialidad y de coordinación intermunicipal y para uso racional del suelo. Ni siquiera constituiría un supuesto de dispensa de la observancia de los planes admitida por el TS en determinados casos.

Se trata de una solución dotada de garantías jurídicas para no limitar o anular el *ius edificandi* al menos en los siguientes casos:

Cuando la actuación conjunta es necesaria y está justificada para satisfacer la ordenación aplicable (por ejemplo, parcela mínima en suelo urbano, rústico o de núcleo, o ámbito de actuación adecuado y necesario en suelo urbanizable o urbano no consolidado).

Cuando la actuación conjunta es necesaria y está justificada para tramitar un procedimiento de gestión sistemática de transformación o dotación o asistemática de normalización de fincas lo menos restrictiva en el ejercicio del derecho de propiedad.

Cuando alguna de la parte de la finca está en situación de fuera de ordenación y dicha parte no afecta al aprovechamiento urbanístico atribuido a la otra parte.

Esta actuación conjunta de intervención está justificada, asimismo, por razones de eficacia y celeridad y buena administración, resultando compatible con los intereses generales que constituyeron el presupuesto de cada uno de los planes vigentes en cada uno de los Ayuntamientos afectados y respetando en todo caso la garantía institucional de la autonomía local tal y como ha sido definida por nuestro TC y se ha señalado en este informe.

En este último sentido, constituye una condición preceptiva previa a la concesión de la licencia de compatibilización el sometimiento a "informe de compatibilización" emitido en el preceptivo trámite de audiencia por el segundo Ayuntamiento afectado. Dicho informe podrá confirmar el previamente emitido en el expediente de agrupación urbanística o bien variar su sentido en el supuesto que se hubiese producido un cambio en su ordenación.

La licencia municipal de compatibilización que se propone como posible solución de lege ferenda constituye así un acto reglado, en cuya producción (otorgamiento o denegación) ha de inspirarse la autoridad concedente (Ayuntamiento en este caso elegido como tramitante) en la más estricta observancia de los preceptos que van a condicionar la facultad de edificar.

Así lo tiene declarado el TS en reiteradísima jurisprudencia sobre el carácter rigurosamente reglado de las licencias, desde una Sentencia de 24 de octubre de 1962 hasta hoy.

La particularidad de estas licencias en el caso de fincas complejas, consiste en que la específica intervención administrativa en cada uno de los municipios ya no se configura con plena autonomía<sup>14</sup>, sino con el mero carácter de control de compatibilización en el procedimiento de concesión de la licencia urbanística por el Ayuntamiento tramitante.

La cuestión que surge así qué Ayuntamiento ha de considerarse por razones de coherencia y oportunidad, el Ayuntamiento tramitante. No existe ningún criterio a priori. Parece lógico pensar distintas posibilidades:

- 1) Aquel Ayuntamiento en el que la finca tenga mayor extensión superficial;
- 2) Aquel Ayuntamiento en el que se incluya la finca donde el interesado pretenda materializar el aprovechamiento urbanístico, cuando el resto de la finca afectada se reserve para cumplir condiciones de edificación, emplazamiento o parcela mínima requerida;
- 3) Aquel Ayuntamiento en el que la finca tenga una clasificación de suelo más restrictiva;
- 4) Aquel Ayuntamiento en el que el propietario, en el caso de ser promotor de la actuación, tenga su residencia habitual o este incluido en el censo.

La solicitud de licencia, por remisión al Proyecto técnico completo que la integra, deberá justificar todos o algunos de los siguientes requisitos: a) la justificación de la actuación; b) la adecuación objetiva; c) la racionalidad objetiva; d) la proporción, e) La adecuación al fin; f) la condición de no dificultar o impedir la ejecución del modelo territorial de cada Ayuntamiento; g) la exigencia procedimental de obtener el informe de compatibilización; h) la garantía registral de este régimen jurídico peculiar consistente en la inscripción en el Registro como requisito de eficacia de la licencia, no de perfección de la misma<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. CARCELLER FERNANDEZ, A., *Manual de Disciplina urbanística*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, p 42.

<sup>15</sup> Vid. STS 7.IV.1987 (Ar. 4243).



El carácter limitativo de esta posible regulación autonómica a determinados supuestos se podría justificar como excepcional, y por lo tanto, de aplicación restrictiva o no mencionar dicha excepcionalidad por el legislador autonómico.

En cualquier caso, esta norma tendría cobertura en el bloque competencial constitucional y estaría, como ya se señaló, amparada en el principio de menor restricción en el derecho de propiedad<sup>16</sup> y en evitar limitaciones a los derechos que la propiedad comporta para sus titulares por razones, en este caso, de demarcación territorial.

Porque el Derecho Administrativo aspira siempre al hallazgo de una solución armonizadora de los intereses en juego, debe indicarse que, desde el punto de vista del interés público, resulta claro asimismo que la mejor solución sería la que tuviera en cuenta separadamente las características de las proposiciones hechas para cada una de las parcelas<sup>17</sup> lo que se respeta con este tipo de licencias afectando sólo al procedimiento de autorización y control de la legalidad urbanística como presupuesto para el ejercitar el derecho a edificar.

En la misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado la expresión "equilibrio justo" entre las exigencias del interés general y los imperativos de los derechos fundamentales de la persona<sup>18</sup>.

Desde un punto de vista fiscal, las soluciones que se proponen no afectan a las implicaciones fiscales de la finca a los efectos del correspondiente IBI. Ahora bien, el hecho imponible que grava conjuntamente la finca considerando las distintas partes afectadas, su situación y clasificación, justificaría por analogía, la solución que se señala.

Tampoco plantearía ningún problema la tasa por licencia o el ICIO que grave la actuación. En el primer caso, por razones del hecho imponible de la tasa –el control de la legalidad llevado a cabo que podrá atribuirse inicialmente al Ayuntamiento tramitante sin perjuicio de la posibilidad que el mismo renuncie a la misma a favor del Ayuntamiento informante, previa solicitud del mismo en el respectivo Informe- .

En el caso del ICIO, dado que el hecho imponible es la edificación materializada, parece claro que corresponderá al Ayuntamiento donde se haya llevado a cabo el acto edificatorio quien proceda a su liquidación, conforme a la normativa vigente reguladora de la hacienda local.

---

<sup>16</sup> Vid. SSTS 4VI.1976 (Ar. 4060), 18.III.1995 (Ar. 2088) y 9.XII.1998 (Ar. 9718).

<sup>17</sup> Vid. STS 3.VI.1990 (Ar. 3576).

<sup>18</sup> Vid STEDH de 9 de octubre de 2003 (Ar. 214640).

Como regulación del procedimiento de otorgamiento de estas licencias de compatibilización se propone acudir al régimen de concurrencia procedimental con único acto resolutorio aplicable en nuestro Ordenamiento jurídico en otros supuestos (como era el de concurrencia de una actividad clasificada). Conforme al mismo, pueden distinguirse dos fases, una vez determinado cual es el Ayuntamiento tramitante de acuerdo con alguno de los criterios señalados.

1ª) En la primera, el Ayuntamiento tramitante, tras recibir la documentación presentada por el peticionario de la licencia, puede denegar ya de forma expresa y motivada, la correspondiente licencia, por razones urbanísticas de su competencia, como es la incompatibilidad de uso pretendido con lo establecido en el planeamiento urbanístico o, por el contrario, puede disponer la tramitación del correspondiente expediente de compatibilización.

La solicitud presentada en dicho Ayuntamiento, que deberá incluir una expresión de declaración de compatibilidad, se dará traslado al Ayuntamiento afectado para la emisión de un informe de compatibilización con apertura de un periodo de exposición pública por plazo no inferior a 15 días hábiles.

Obtenida la declaración de compatibilidad en el tramite de “información mutua o información recíproca” (podemos denominarlo) como técnica de coordinación ejecutiva de carácter preventivo de las competencias concurrentes (STC 61/1997, fj. 26,a) y el informe preceptivo, se aplicará a la finca el régimen urbanístico correspondiente a ambas parcelas si bien manteniendo la unidad de la misma, que se resolverá en un único expediente de licencia por el Ayuntamiento tramitante.

2ª) Una segunda fase, en la que tras agotar los trámites anteriores, el Alcalde concede o deniega la licencia, previo informe favorable del Secretario y del Técnico municipales.

Conforme a este régimen, se hace depender los controles que inicialmente deberían llevarse a cabo por los distintos Ayuntamientos afectados en el ejercicio de su potestad municipal de un ejercicio simultáneo de dos competencias atribuidas por un mismo ordenamiento y sometidas a las mismas condiciones.

De la citada declaración, ambos Ayuntamientos deberán expedir una nota marginal en sus respectivos planeamientos. Y en la declaración de obra nueva e inscripción en el Registro hacerse contar asimismo nota marginal sobre dicho régimen especial de unión de finca en un conjunto urbanístico a efectos de la concesión de licencia, respetándose no obstante el régimen individual de aprovechamiento de cada una de la partes diferenciadas territorialmente, de acuerdo con el art. 65.1, d) y h) del TRLRU ya transcrito.

Los procedimientos conjuntos como el que se proponen constituyen una modalidad o técnica de coordinación preventiva típicamente ejecutiva, que reconocida expresamente en el art. 58.2, párr. 2º de la LBRL referida a la planificación, es aplicable a la gestión y a la intervención administrativa en los supuestos de concurrencia de intereses en el ejercicio de competencias urbanísticas como técnica de coordinación que se articule como una codecisión<sup>19</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

Las distintas líneas de regulación que se han propuesto en este estudio para el supuesto de hecho planteado encuentran cobertura en el orden constitucional competencial (art. 149.1 CE, 148.1.3 y 25.2 LBRL), en la garantía institucional de la autonomía local (art. 2, 137 y 140 CE), en los principios rectores y criterios funcionalizadores que rigen la actuación de la Administración (arts. 103.1 y 106 CE)<sup>20</sup> así como en la distinción de los conceptos de "imperium" y "dominium" referidos al ámbito territorial en que el municipio ejerce su jurisdicción y propiedad privada, de manera que el territorio elemento esencial del municipio (artículo 11.2 LBRL).

El territorio no es susceptible de patrimonialización y el hecho de que residentes de un municipio tengan sus propiedades en otro no es causa de alteración pues conllevaría a una demarcación arbitraria y anómala contraria a los principios que inspiran la Demarcación Territorial. Las tesis que se proponen no suponen una alteración en la demarcación, sino la posibilidad de tramitar actuaciones conjuntas ya no sólo de ordenación (expresamente reconocidas por la Ley a través de la figura de los Planes conjuntos) sino de gestión (transformación y edificación) o únicamente de edificación y uso del suelo.

La planificación del territorio, en sus distintas fases de ordenación, gestión y edificación debe regirse por tres principios generales que han sido considerados a lo largo de este dictamen: 1) Debe ser democrática, asegurando la participación de la población afectada y de sus representantes políticos a todos los niveles y en todas las partes del proceso; 2) Debe ser global, asegurar la coordinación de las diferentes políticas sectoriales y su integración, mediante los factores que influyen en la organización del espacio; 3) Debe ser prospectiva detectando las tendencias de los distintos fenómenos económicos, sociales, territoriales, con el fin de facilitar la toma de decisiones que afecten a distintos niveles o ámbitos del gobierno territorial.

---

<sup>19</sup> *Vid.* MENÉNDEZ REXACH, A., "Coordinación de la ordenación del territorio", en *DA*, núms. 230-231 (1992), p. 241.

<sup>20</sup> *Vid.* RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Derecho Administrativo y derechos sociales fundamentales*, Ed. INAP, 2ªed, 2016, pp. 585 y ss.

Constituye desde hace años una tarea de los legisladores autonómicos en materia de urbanismo y ordenación territorial la adecuada articulación de las relaciones interadministrativas. Limitadas por el legislador urbanístico a las actuaciones supramunicipales-territoriales o a figura de los instrumentos de ordenación municipal general conjuntos o básicos, así como a los instrumentos directores de planificación territorial y sectoriales, desde el punto de vista estrictamente urbanístico existen lagunas legales que con este estudio se pretenden en parte despejar en el ámbito de la intervención administrativa, asegurando la consideración y valoración adecuadas de los intereses públicos presentes en la utilización del territorio a través de los principios de información mutua, cooperación y coordinación y respetando, en todo caso, los ámbitos competenciales respectivos de cada uno de los Ayuntamientos afectados<sup>21</sup>. Este es el caso de las fincas situadas en más de un término municipal cuando las actuaciones de uso del suelo, su transformación o edificación resultan afectadas por la demarcación territorial existente y del tratamiento jurídico que le otorgado en este estudio como propuesta normativa dirigida a los legisladores del suelo.

---

21 Vid. STS 20.II.1998 (Ar. 1603).

## VI. BIBLIOGRAFÍA

CARCELLER FERNANDEZ, A. *Manual de Disciplina urbanística*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983.

FERNANDEZ CARBALLAL, A., *El régimen jurídico del urbanismo en España. Una Perspectiva competencial*, Ed. INAP, Madrid, 2002a.

FERNANDEZ CARBALLAL, A., *El urbanismo finalista. A propósito del principio de menor restricción en el derecho de propiedad*, Ed. Civitas, Madrid, 2002b.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E y PAREJO ALFONSO L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Ed. Civitas, Madrid, 1981.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La significación de las competencias exclusivas del Estado", en *REDC*, núm. 5 (1982).

MEILÁN GIL, J. L. Y FERNANDEZ CARBALLAL, A., "La Ley del Suelo de Galicia y la legislación urbanística del Estado", en *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y perspectiva de futuro*, ED. Marcial Pons, Madrid, 1998.

MENÉNDEZ REXACH, A., "Coordinación de la ordenación del territorio", en *DA*, núms. 230-231 (1992).

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Derecho Administrativo y derechos sociales fundamentales*, Ed. INAP, 2ªed, 2016.



# **El acceso de terceros a las redes de electricidad. un nuevo horizonte para productores y autoconsumidores<sup>(\*)</sup>**

*Alejandro D. Leiva López*

Doctor en Derecho. Investigador postdoctoral

Área de Derecho Administrativo

Universidad de Almería

## SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. EL ACCESO DE TERCEROS A LAS REDES DE ELECTRICIDAD (ATR). 1. Concepto y fundamento del ATR. 2. Tipologías de redes. III. EL PROCEDIMIENTO PARA EL ACCESO Y CONEXIÓN A LAS REDES DE ELECTRICIDAD EN UN NUEVO HORIZONTE NORMATIVO. EN PARTICULAR: CONDICIONES PARA PRODUCTORES Y AUTOCONSUMIDORES. 1. Marco normativo. 2. Agentes implicados. 3. Novedades para productores. A. Caducidad de los derechos de acceso y conexión y su eventual renovación. B. Presentación de garantía económica. C. El Interlocutor Único de Posición (IUP). 4. Novedades para autoconsumidores. A. Cuestiones introductorias. B. Exención de la obligación de obtener los permisos de acceso y conexión. C. Procedimiento abreviado de conexión de instalaciones. D. El autoconsumo colectivo. E. El registro autonómico para autoconsumidores. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La red eléctrica aparece como un elemento clave, un recurso esencial, sobre el que se desarrolla un mercado eléctrico competitivo y sin barreras de entrada. Así pues, la configuración de condiciones de acceso de terceros a las infraestructuras de red sobre la base de los principios de transparencia y no discriminación contribuirá a la necesaria apertura del mercado eléctrico. En el actual escenario energético, y especialmente en relación al horizonte 2030, la regulación de las redes debe asumir importantes retos para lograr acomodar las distintas tecnologías,

---

<sup>(\*)</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Sostenibilidad energética y entes locales: incidencia del nuevo paquete energético de la Unión Europea” (DER2017-86637-C3-2-P), Ministerio de Economía y Competitividad, Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación del Conocimiento, Convocatoria 2017.

Recibido: 29/08/2018.

Aceptado: 9/11/2018.

en condiciones de transparencia e igualdad, y garantizar la seguridad del suministro eléctrico. En el presente trabajo examinamos las principales propuestas de revisión normativa que el ejecutivo ha esbozado, después de varios intentos fallidos desde el año 2000, en materia de acceso y conexión a las redes. En particular, vemos las novedades previstas para generadores y autoconsumidores que quieren conectar sus instalaciones a la red.

**PALABRAS CLAVE:** Acceso de Terceros a las Redes en el sector eléctrico – producción de electricidad – autoconsumo de energía eléctrica – transporte y distribución de electricidad

**ABSTRACT:** The electricity network is a key piece, an essential resource, for developing a competitive electricity market without barriers to entry. Therefore, the third-party access rules, based on the principles of transparency and non-discrimination, will contribute to all the benefits of the opening of the electricity market. In the current energy scenario, especially with regards to the 2030 horizon, the legal framework of electricity networks must assume important challenges to make room for all technologies, on the basis of transparency and equal treatment criteria, and guarantee the electricity supply. In this paper, we examine the current governmental proposals, after several failed attempts since the year 2000, for a review of the regulatory framework for third-party access in the electricity sector. In particular, we see the regulatory changes for the generators and self-consumers who want access to the national electricity grid.

**KEYWORDS:** Third Party Access in the Electricity Sector – Electricity generation – Electricity self consumption – Electricity transmission and distribution

## I. INTRODUCCIÓN

Hasta principios de los años 90, el Estado interviene en casi todos los sectores de la economía a través del denominado sector empresarial público, existiendo un dominio estatal absoluto sobre los distintos elementos que integran el servicio (planificación, inversión, tarifas, optimización, explotación...). Pero es a partir de esta década cuando acontece una oleada de privatizaciones, y con ello una reestructuración del sector empresarial público, que pretende mejorar la eficiencia de las empresas y contribuir a un mayor dinamismo de la economía nacional. Estas medidas también serán adoptadas por países europeos con un mayor grado de intervencionismo público empresarial (Portugal, Grecia, Italia, Francia, Irlanda, Dinamarca y Alemania)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> ARIÑO ORTIZ, G., “Empresa pública *versus* regulación económica”, en G. ARIÑO ORTIZ, I. DEL GUAYO CASTIELLA y J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ (coords.), *Regulación Económica. Lecturas Escogidas*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp.17-20.



Específicamente, en el sector eléctrico se trataban de corregir los fallos de mercado promoviendo la competencia en aquellas actividades donde fuese posible (producción y comercialización) y regulando la actuación empresarial desarrollada en la actividad no competitiva o de monopolio natural (transporte y distribución).

Paralelamente, la Directiva 1996/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad<sup>2</sup> comenzaba a definir los principios de la liberalización del sector eléctrico para Europa.

Se va evolucionando de un esquema de organización industrial intervenido a un modelo basado en la libre competencia y en la libertad de empresa, donde el reconocimiento de la autonomía empresarial va a perseguir una más eficiente asignación de recursos y la innovación y calidad en el suministro de electricidad, entendido este último como un servicio esencial para la economía y la sociedad. Todo ello bajo la supervisión de determinadas actuaciones por parte del gobierno cuando las condiciones medioambientales y de seguridad y continuidad del suministro así lo exijan<sup>3</sup>.

Aparece, así, un nuevo modelo eléctrico que convierte a la red eléctrica en un elemento clave sobre el que se desarrolla el mercado eléctrico. Las redes de transporte y distribución de electricidad constituyen el soporte físico a través del cual se pone en contacto la oferta y la demanda, por lo que su adecuada regulación y control es esencial para la configuración de condiciones de acceso a sus infraestructuras transparentes y no discriminatorias que eviten eventuales conflictos de interés y falseamientos de mercado. Por tanto, se va a reconocer a los distintos operadores un derecho de acceso o uso de las redes de un tercero, lo cual es condición indispensable para la formación de un mercado competitivo<sup>4</sup>.

Así pues, el presente trabajo tiene por objeto, de un lado, abordar algunos aspectos conceptuales que pivotan en torno al acceso de terceros a las redes de transporte y distribución de electricidad y, de otro, examinar las especificidades de un procedimiento de acceso y conexión a las redes que debe armonizar con la evolución propia del sector.

En este último punto, analizamos los cambios normativos que el gobierno tiene encima de la mesa y, específicamente, hemos centrado el objeto de estudio en el ac-

---

<sup>2</sup> DOCE núm. 027, de 30 de enero de 1997.

<sup>3</sup> DE LA CRUZ FERRER, J. “El debate sobre el régimen jurídico del tendido de redes de distribución y de su acceso y conexión a otras redes”, en *Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 20 (2004), pp.136-137.

<sup>4</sup> ESTOA PÉREZ, A., “Acceso a redes de energía eléctrica, resolución de conflictos y evolución normativa en la materia”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 43 (2016), p. 2.

ceso de productores y autoconsumidores a las redes de electricidad. Se trata de una revisión regulatoria que era necesario acometer en el sector para poder cumplir con las expectativas de desarrollo de un modelo de generación distribuida adecuado, favorecer el crecimiento de la generación de origen renovable en el horizonte 2030 e integrar toda la normativa dispersa existente en la materia. Y es que esta revisión regulatoria es imprescindible para lograr acomodar las distintas tecnologías en condiciones de igualdad y transparencia para todos los agentes, así como para garantizar la seguridad del sistema en su conjunto.

Vemos, así, cómo van surgiendo retos que el sector debe ser capaz de afrontar para lograr una transición energética que camine firmemente hacia un modelo descarbonizado.

## II. EL ACCESO DE TERCEROS A LAS REDES DE ELECTRICIDAD (ATR)

### 1. Concepto y fundamento del ATR

La existencia de condiciones de acceso a las infraestructuras de red transparentes y no discriminatorias, como piedra angular de la liberalización del sector eléctrico<sup>5</sup>, requiere de la configuración de un derecho universal de acceso de los distintos agentes a las redes ajenas; esto es, el denominado Acceso de Terceros a la Red (en adelante, ATR), el cual aparece como una autorización dirigida a los distintos agentes para poder trasladar la electricidad por las redes cuya titularidad ostentan otros agentes. Se suprimen, por tanto, los derechos de exclusiva que, en un espacio temporal anterior, permitían a los propietarios de las redes poner trabas al acceso a sus infraestructuras.

El fundamento del ATR lo localizamos en la doctrina anglosajona de los recursos esenciales (*essential facilities*)<sup>6</sup>. Así, el derecho de acceso aparece como un instrumento liberalizador que permite a una empresa acceder a un determinado recurso o activo empresarial que es controlado por otra empresa, sin el cual devendría imposible la oferta de bienes o servicios en un mercado determinado. De forma que

---

<sup>5</sup> Como así es definido por la propia Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. El fundamento de ello radica en que la apertura efectiva del mercado eléctrico, como objetivo central del proceso liberalizador, va a depender de una disponibilidad real de las redes de transporte y distribución existentes en condiciones de transparencia y no discriminación. El libre acceso a las redes aparece, por tanto, como piedra angular de este sector económico estratégico. Véase CATR 22/2008 (resolución del conflicto de acceso a la red de distribución instado por un particular frente a Endesa Distribución Eléctrica), p. 8.

<sup>6</sup> A su vez esta doctrina proviene del «*Antitrust Law*» norteamericano, con origen en la Ley Federal antimonopolios de 1890 (*Ley Sherman*).

si se rechaza el acceso injustificadamente, se estaría eliminando la competitividad en el mercado y se obstaculizaría la entrada de nuevos productos<sup>7</sup>.

En el caso del sector eléctrico, este recurso esencial es la red eléctrica, la cual es explotada por sus titulares en régimen de monopolio natural. De manera que el libre acceso a estas infraestructuras servirá de contrapunto al carácter monopolista de las redes y contribuirá a la necesaria apertura del mercado eléctrico.

Destacadamente, nos encontramos con un escenario energético donde las últimas subastas de renovables para la asignación de un régimen retributivo específico lanzan importantes retos regulatorios sobre las redes de electricidad. Una primera subasta celebrada en enero de 2016 donde se adjudicaron 700 MW para biomasa y eólica<sup>8</sup>, la siguiente que tuvo lugar en mayo de 2017 de 3.000 MW para fotovoltaica, eólica y otras tecnologías ubicadas en el sistema peninsular<sup>9</sup> y, por último, la de julio de 2017 de 5.036,921 MW para fotovoltaica y eólica<sup>10</sup>. Como resultado de las subastas se va a obtener la potencia adjudicada a cada empresa participante para cada tecnología, para lo que se utilizará el método de sobre cerrado con sistema marginal<sup>11</sup>.

Por tanto, la configuración de unas condiciones de uso de las infraestructuras de red transparentes y no discriminatorias es determinante para el cumplimiento de

---

<sup>7</sup> DIATHESOPOULOS, M. D., "Access to European Energy Networks: The Relation between Third Party Access and Refusal to Deal Concepts", en *Social Science Research Network* (posted: 02 Jan 2011), p. 8.

<sup>8</sup> Resolución de 18 de enero de 2016, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se resuelve la subasta para la asignación del régimen retributivo específico a nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de biomasa en el sistema eléctrico peninsular y par instalaciones de tecnología eólica, al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 947/2015, de 16 de octubre. BOE núm. 18, de 21 de enero de 2016.

<sup>9</sup> Resolución de 19 de mayo de 2017, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se resuelve el procedimiento de subasta para la asignación del régimen retributivo específico al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 359/2017, de 31 de marzo, y en la Orden ETU/315/2017, de 6 de abril. BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2017. En esta convocatoria se subastó un cupo de 2.000 MW de potencia renovable que podría ampliarse en otros 1.000 MW adicionales si el resultado de la subasta ofrecía precios competitivos, como finalmente sucedió.

<sup>10</sup> Resolución de 27 de julio de 2017, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se resuelve el procedimiento de subasta para la asignación del régimen retributivo específico al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 650/2017, de 16 de junio, y en la Orden ETU/615/2017, de 27 de junio. BOE núm. 179, de 28 de julio de 2017. En esta convocatoria asignaba un máximo de 3.000 MW, pero, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 650/2017, de 16 de junio, éste podría verse incrementado para permitir la inclusión de la potencia de todas aquellas ofertas que tuviesen el mismo sobre coste que la última oferta adjudicada, y siempre que este sobre coste para el sistema sea nulo o inferior al valor establecido en la cláusula confidencial de la convocatoria. Finalmente se adjudicaron más de 5.000 MW.

<sup>11</sup> MENDOZA LOSANA, A. I., "Régimen retributivo de las instalaciones de energías renovables tras la celebración de las últimas subastas de potencia renovable en España", en *Análisis jurídicos GA&P*, (2017), Gómez-Acebo & Pombo, p. 8.

los plazos de esta nueva potencia renovable (más de 8.000 MW) que entra al sistema con ocasión de las subastas.

## 2. Tipologías de redes

Las infraestructuras sobre las que se proyecta este principio del ATR son las denominadas redes de transporte y redes de distribución de electricidad.

La red de transporte de electricidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE)<sup>12</sup>, está integrada por la red primaria y la red secundaria. La red primaria está integrada por todas las líneas de electricidad, e instalaciones relacionadas (parques, transformadores y otros elementos eléctricos), que presentan una tensión nominal de 380 kV o más, así como instalaciones que sean necesarias para cualquier conexión internacional con la red o que requieran de conexiones del sistema eléctrico peninsular con sistemas extrapeninsulares o insulares. Por otro lado, la red secundaria se refiere a todas las líneas de electricidad, e instalaciones relacionadas, que tengan una tensión nominal de 220 kV o más, y que no estén incluidas en la red primaria, así como otras instalaciones con tensión nominal inferior a 220 kV que cumplan funciones de transporte. La titularidad y gestión de la red de transporte la ostenta con carácter general la empresa Red Eléctrica de España S.A.<sup>13</sup>, en calidad de Transportista Único, aunque cabe la posibilidad de que una empresa distinta (el distribuidor de la zona) controle infraestructura de red de transporte secundario<sup>14</sup>. La gestión de estas redes persigue garantizar la seguridad y continuidad del suministro eléctrico en todo momento.

De otro lado, el artículo 38 LSE se refiere a la red de distribución de electricidad como aquella formada por todas las líneas con tensión nominal inferior a 220 kV, salvo aquellas que estén integradas en la red de transporte. La titularidad y gestión

---

<sup>12</sup> BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013.

<sup>13</sup> Sobre este punto *vid.* DEL GUAYO CASTIELLA, I., “Energy Law in Spain. Energy Networks”, en M. ROGGENKAMP, C. REDGWELL, A. RÖNNE, E I. DEL GUAYO CASTIELLA (eds), *Energy Law In Europe (National, EU and International Regulation)*, Third Edition, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 1010-1025.

<sup>14</sup> Así lo prevé el apartado 2 del artículo 34, al disponer que «[...] se habilita al Ministerio de Industria, Energía y Turismo para autorizar expresa e individualizadamente, previa consulta a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y a la Comunidad Autónoma en la que radique la instalación, que determinadas instalaciones de transporte secundario, por sus características y funciones, sean titularidad del distribuidor de la zona que se determine. En estos casos, los distribuidores deberán asumir las obligaciones del transportista único relativas a la construcción, maniobra y mantenimiento de tales instalaciones de transporte».

de las redes de distribución es atribuida a la empresa distribuidora de la zona autorizada<sup>15</sup>, la cual se encargará de distribuir la energía eléctrica a los puntos de consumo.

Son numerosas las compañías distribuidoras existentes e inscritas en el «Registro Administrativo de Distribuidores» del Ministerio para la Transición Ecológica, perteneciendo en su mayoría a los grupos energéticos dominantes (Endesa, Gas Natural Fenosa, Iberdrola, Viesgo y EDP)<sup>16</sup>.

### III. EL PROCEDIMIENTO PARA EL ACCESO Y CONEXIÓN A LAS REDES DE ELECTRICIDAD EN UN NUEVO HORIZONTE NORMATIVO. EN PARTICULAR: CONDICIONES PARA PRODUCTORES Y AUTOCONSUMIDORES

#### 1. Marco normativo

La regulación del principio de Acceso de Terceros a las Redes de electricidad, como elemento clave para el desarrollo de un mercado eléctrico liberalizado, vino impulsada por el derecho comunitario (Directivas 1996/92/CE, 2003/54/CE y 2009/72/CE).

Así, aparecen en nuestro ordenamiento jurídico los procedimientos de acceso y conexión a las redes como pieza fundamental para garantizar un ATR transparente y no discriminatorio. La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE de 1997)<sup>17</sup> regula el procedimiento de acceso y conexión a la red de transporte (artículo 38) y a la red de distribución (artículo 42), estando ambos inspirados en el principio de acceso de terceros a las redes. Asimismo, para la configuración exhaustiva de los distintos hitos procedimentales en materia de acceso y conexión, se han ido elaborando desde entonces varias disposiciones reglamentarias, siendo las más relevantes: el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica<sup>18</sup> (sobre condiciones generales de acceso y conexión); el Real Decreto 1699/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula la conexión a red de instalaciones de producción de energía eléctrica

---

<sup>15</sup> A mayor abundamiento sobre el concepto de “distribuidor de la zona” véase LEIVA LÓPEZ, A. D., “La regulación de la actividad de distribución de energía eléctrica”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51 (2018b), pp. 182-185.

<sup>16</sup> Datos accesibles a través de los servicios web institucionales del Ministerio para la Transición Ecológica. <http://www.mincotur.gob.es/energia/es-ES/Paginas/index.aspx>.

<sup>17</sup> BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1997.

<sup>18</sup> BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2000.

de pequeña potencia<sup>19</sup>; el Real Decreto 1047/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica<sup>20</sup>; el Real Decreto 1048/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica<sup>21</sup>; el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos<sup>22</sup>; y el Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo<sup>23</sup>.

En el año 2013 se aprueba una nueva ley para el sector, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, a los efectos de revisar la regulación básica del sector. Específicamente, en materia de ATR viene a regular un nuevo modelo basado en permisos de acceso y conexión (artículo 33<sup>24</sup>). Cabe destacar que, de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria undécima, este nuevo modelo no entrará en vigor hasta producido el desarrollo reglamentario de los criterios para la concesión de los permisos. Si bien hasta llegado ese momento seguirá siendo de aplicación la LSE de 1997 (artículos 38 y 42) y las disposiciones reglamentarias a que nos hemos referido *supra*.

En este contexto, parece que esta normativa reglamentaria pendiente, tras casi veinte años de espera desde la aprobación de la norma de referencia (RD 1955/2000) y después de varios intentos fallidos de real decreto (2007, 2009 y 2013), va a ver luz verde próximamente (las previsiones anunciadas por el ejecutivo son finales del mes de noviembre de 2018). Con carácter general, existe una propuesta (en adelante, propuesta RD de acceso y conexión) que persigue, por un lado, acabar con la dispersión normativa existente hasta la fecha, reducir las trabas administrativas injustificadas al acceso y conexión, reduciendo plazos y simplificando requisitos para la obtención de los derechos, y agilizar los procedimientos a través de una tramitación conjunta de las solicitudes de permisos de acceso y conexión y la determinación de un punto

---

<sup>19</sup> BOE núm. 295, de 8 de diciembre de 2011.

<sup>20</sup> BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2013.

<sup>21</sup> BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2013.

<sup>22</sup> BOE núm. 140, de 10 de junio de 2014.

<sup>23</sup> BOE núm. 243, de 10 de octubre de 2015.

<sup>24</sup> El precepto diseña con precisión los conceptos de derecho de acceso, derecho de conexión, así como de permiso de acceso y permiso de conexión. Además, define cuál va a ser la proyección del principio de acceso de terceros a las redes sobre los procedimientos para la obtención de permisos de acceso y conexión, así como quiénes van a ser los agentes encargados de otorgar estos permisos en base a criterios técnicos y económicos que deberán ser definidos reglamentariamente por el Gobierno.

de contacto único<sup>25</sup>. Por otro, promover un acceso ordenado y eficiente a la red que proporcione una mayor eficiencia energética del sistema e impulse la cooperación y coordinación entre gestores y titulares de las distintas redes para favorecer la incorporación de las modalidades de generación distribuida y autoconsumo actuales<sup>26</sup>. Además, la propuesta de real decreto atiende diversos pronunciamientos de tribunales sobre cuestiones concretas que pivotan sobre el ATR.

A pesar de que se trata de una revisión normativa que es muy necesario adoptar, pues mejora sustancialmente la regulación anterior, todo parece indicar que deberá acometerse una nueva reforma con ocasión de la inminente aprobación del Paquete de Invierno Energético (el denominado Winter Package)<sup>27</sup>. Este paquete va a contener las principales propuestas legislativas, e iniciativas no legislativas, de la Comisión para la Unión de la Energía. En materia de redes, destacan importantes novedades en materia de códigos de red<sup>28</sup> y cooperación a escala de la Unión entre los gestores de las redes de transporte y distribución a través de la Red Europea de Gestores de Redes de Transporte (REGRT-E) y la entidad europea de los gestores de redes de distribución de la Unión (entidad de los GRD de la UE). Así, el papel del gestor de la red de distribución está evolucionando a consecuencia de la creciente penetración de recursos energéticos intermitentes y distribuidos en el sistema de distribución<sup>29</sup>, lo

---

<sup>25</sup> Esta tramitación conjunta de permisos superaría la inversión de la secuencia acceso y conexión que existe en distribución (artículo 42.2 LSE de 1997), la cual exige del solicitante de acceso disponer previamente de punto de conexión a la red de distribución.

Asimismo, el artículo 5 de la propuesta de RD de acceso y conexión dispone que ese contacto único será el titular de la red de transporte o distribución para la cual se está solicitando el permiso de acceso y de conexión. Para aquellos casos en que el titular de la red no coincida con el gestor, aquél tendrá que remitir al éste las solicitudes, y posibles subsanaciones de éstas, para que sean objeto de análisis y valoración en el marco del procedimiento de concesión de permisos.

<sup>26</sup> En la medida en que emerge una generación más pequeña y distribuida, donde se espera que la red de distribución proporcione importantes servicios para el sistema eléctrico en su conjunto, se hace necesaria una mayor proximidad entre las actividades de transporte y distribución; lo que debe traducirse en una mayor cooperación para el intercambio de información entre los agentes que operan estas redes. Vid. HANCHER, L. and WINTERS, M., *The EU Winter Package*, Briefing Paper, Allen & Overy LLP, Amsterdam, 2017, p.12.

<sup>27</sup> Paquete de medidas energéticas –Reglamentos y Directivas- presentado por la Comisión Europea, en fecha 30 de noviembre de 2016, bajo el eslogan «*Clean energy for all Europeans*» y que presumiblemente irá viendo luz verde entre finales del año 2018 y el primer semestre de 2019.

<sup>28</sup> Algunas propuestas para la mejora de la gobernanza en el proceso de desarrollo de códigos de red pueden localizarse en LAVRIJSEN, S. y KOHLBACHER, T., “EU Electricity Network Codes: Good Governance in a Network of Networks”, en *Tilburg Law and Economics Center (TILEC) Discussion Paper*, núm. 2018-001, pp. 78-79.

<sup>29</sup> Vid. YEMANE HADUSH, S. y MEEUS, L., “DSO-TSO cooperation issues and solutions for distribution grid congestion management”, en *Energy Policy*, 2018, pp. 610-611.

que atribuye a éste una labor de provisión de energía producida a pequeña escala de forma coordinada con los gestores de red de transporte<sup>30</sup>.

Seguidamente, vemos cuáles son las consideraciones particulares más destacadas que aborda esta propuesta de real decreto, con especial referencia a las novedades introducidas para el acceso y conexión a las redes de productores y autoconsumidores.

### 2. Agentes implicados

Los sujetos protagonistas en el procedimiento de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de electricidad son los agentes peticionarios, los agentes encargados de conceder los derechos de acceso y conexión y las autoridades administrativas encargadas de resolver eventuales planteamientos de conflictos de acceso y conexión a las redes.

El RD 1955/2000 se refiere a quiénes son estos agentes peticionarios que tendrán reconocido el derecho de acceso a las redes. Así, podrán solicitar acceso a la red de transporte los productores, autoproductores, distribuidores, comercializadores, agentes externos, consumidores cualificados y sujetos no nacionales autorizados capaces de llevar a cabo tránsitos de electricidad entre grandes redes (artículo 52), mientras que en relación a la red de distribución, se reconoce el derecho de acceso a productores, autoproductores, distribuidores, comercializadores, agentes externos y consumidores cualificados (artículo 60). Aunque cabe subrayar que el acceso de distribuidores a las redes de transporte y distribución de electricidad, en realidad, no existe; si bien solo podría darse en casos actualmente minoritarios en los que la distribuidora es también comercializadora, al tener aquella menos de 100.000 clientes conectados a sus redes (artículo 12.4 LSE)<sup>31</sup>.

En este punto, la propuesta RD de acceso y conexión ha precisado aún más el marco de aplicación de la norma, aludiendo a agentes peticionarios como: los titula-

---

<sup>30</sup> Vid. GERARD, H., RIVERO PUENTE, E. I. y SIX, D., "Coordination between transmission and distribution system operators in the electricity sector: A conceptual framework", en *Utilities Policy*, 2018, p. 41.

<sup>31</sup> Esta regulación del derecho de acceso de distribuidoras a las redes va a perder toda relevancia jurídica si se compara con su aplicabilidad en un escenario anterior a la reforma de 2007, con ocasión de la aprobación de la Ley 17/2007, en el que no era exigible una separación jurídica y funcional de las distribuidoras respecto de las empresas comercializadoras, lo que permitía observar gran número de empresas distribuidoras que también operaban como comercializadoras. Pero, a partir del año 2007, estos casos se convierten en minoritarios, pues el distribuidor ya no puede suministrar, salvo los casos previstos en el artículo 12.4 LSE. Por ello, lo que existe realmente es una conexión física de redes de distribución a otras redes, pero no un derecho de acceso.



res de instalaciones de transporte y los promotores de instalaciones de generación y consumo todavía por construir.

También el RD 1955/2000 se va a referir a los agentes encargados de conceder los derechos de acceso y conexión a las redes.

En materia de acceso, el real decreto atribuye esta facultad, en transporte, al Operador del Sistema y Gestor de la Red de Transporte –REE- (artículo 53.1) y, para distribución, al Gestor de la Red de Distribución (artículo 62.1). Mientras que en materia de conexión, se atribuye, para transporte, al propietario de la red de transporte (artículo 57.1) y, para distribución, al propietario de la red de distribución (artículo 66.1). Para este último caso, lo normal es que el propietario de la red coincida con la figura del gestor, aunque cabría la posibilidad de que fuese un agente distinto, tanto en transporte (si la red sobre la que se solicita conexión es considerada de transporte secundario –artículo 34.2 LSE-) como en distribución (si se diese el caso previsto en el artículo 39.2 RD 1955/2000).

Así, los propietarios y gestores de red deberán atender ciertos criterios técnicos y económicos, que han sido objeto de pronunciamientos judiciales<sup>32</sup>, a la hora de valorar la aceptación de las solicitudes de acceso y conexión.

Destacadamente, la propuesta de RD de acceso y conexión establece, en el artículo 25, unas obligaciones de información de las capacidades existentes en cada nudo de red que deben asumir los titulares de éstas. La LSE ya contemplaba esta obligación de publicación de capacidades, pero ésta no se había desarrollado hasta llegada la propuesta de real decreto. Ello viene a satisfacer las numerosas reclamaciones de promotores de instalaciones de generación, y en particular de tecnología renovable, por los elevados costes que les suponía tramitar o buscar ubicaciones para sus instalaciones ante la falta de publicación de información sobre capacidades existentes en la red por parte del titular.

Por último, cabe destacar el papel protagonista que juegan las autoridades con competencia atribuida para la resolución de conflictos de acceso y conexión a las redes.

En materia de acceso, el RD 1955/2000 atribuye a la CNMC la competencia para resolver, a petición de cualquiera de las partes afectadas, los conflictos que se planteen en relación con el acceso a las redes de transporte (artículo 53.8), asumiendo también la competencia en materia de resolución de conflictos de acceso a la red de distribución (artículo 62.8).

---

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, la STS (Sala 3ª) 2505/2015, de 13 de mayo de 2015 (Núm. recurso: 4318/2012). Ésta desarrolla detalladamente criterios técnicos que debe contener el estudio que lleva a cabo el gestor de la red de transporte cuando proceda a una denegación de acceso.

En estos casos se observa un conflicto de intereses entre los aspectos liberalizadores inherentes al propio derecho de acceso y los intereses sobre gestión del sistema eléctrico y garantía de seguridad de las redes. Así, nos encontramos con interpretaciones del regulador favorables al acceso que se han visto limitadas por una normativa que ha hecho prevalecer los intereses de seguridad en la operación de las redes<sup>33</sup>. Si bien los tribunales (Audiencia Nacional y Tribunal Supremo) han venido aplicando el principio general de interpretación restrictiva de las causas de denegación de acceso; esto es, de lo que debe entenderse por falta de capacidad, a los efectos de ligar esta causa a la ausencia efectiva de seguridad, regularidad y calidad del suministro.

Si bien cabe destacar que la conflictividad se disparó tras la aprobación del régimen de incentivos para instalaciones de generación basadas en fuentes de energías renovables, a través del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial<sup>34</sup>, y disminuye a medida que han ido desapareciendo tales incentivos<sup>35</sup>. Esta competencia, que constituye para la CNMC un ámbito de actuación imperativo<sup>36</sup>, también es reconocida en el apartado 1º del artículo 12.1.b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley de la CNMC)<sup>37</sup>, así como en los artículos 38 (transporte) y 42 (distribución)<sup>38</sup> de la LSE de 1997.

---

<sup>33</sup> ESTOA PÉREZ, A. (2016: 33-34).

<sup>34</sup> BOE núm. 126, de 26 de mayo de 2007.

<sup>35</sup> El análisis exhaustivo de esta casuística de conflictos suscitados desde el año 2007 puede observarse en ESTOA PÉREZ, A. (2016: 17-32).

<sup>36</sup> Pues se trata de una intervención en controversias de la autoridad reguladora nacional cuya resolución le es atribuida por ley y es llevada a cabo en ejercicio de potestades administrativas, de conformidad con las disposiciones contenidas en la legislación básica administrativa. Si bien hay que diferenciar estas actuaciones de carácter público de la CNMC de aquellas en las que interviene como árbitro (artículo 5.1.b. Ley de la CNMC en remisión a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje) a instancia de empresas energéticas y para resolver disputas entre éstas, y que, por tanto, no presentan carácter público. *Vid.* DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2016), “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la resolución de conflictos en el sector energético”, en F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Ed. INAP, Madrid, 2016, pp. 566-567.

<sup>37</sup> BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013.

<sup>38</sup> Este precepto fue modificado, en 2007, para invertir la secuencia acceso y conexión en distribución, de manera que a partir de ese momento para poder solicitar el acceso a la red de distribución era necesario disponer previamente de punto de conexión en las condiciones técnicas definidas reglamentariamente. Ello tuvo consecuencias muy relevantes para la autoridad reguladora nacional (por aquel entonces, Comisión Nacional de Energía) en lo referido a la tramitación de los conflictos de acceso a las redes de distribución, pues no podía conocer del asunto si el solicitante no había obtenido previamente la conexión a la red; lo que redujo sustancialmente el número de conflictos planteados.

La modificación a que nos hemos referido corrió a cargo de la Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (BOE núm. 160, de 5 de julio de 2007).

En materia de conexión, la CNMC también tendrá competencia para conocer los conflictos de conexión a la red de transporte y distribución de electricidad cuando la autorización de estas infraestructuras sea de competencia estatal. Sin embargo, cuando la competencia en materia de autorización de instalaciones sea atribuida a la Comunidad Autónoma (lo que sucede cuando el régimen de aprovechamiento de las instalaciones no excede del ámbito territorial de la autonomía), los conflictos van a ser resueltos por el órgano competente de la Comunidad Autónoma (alguna evidencia de esta atribución de competencias, y en relación a las redes de distribución, la encontramos en el artículo 42.2 LSE de 1997). Así, esta doctrina ha venido aplicándose con el respaldo de una jurisprudencia consolidada<sup>39</sup>, la cual ha sostenido que el acceso tiene que ver con la formación de un mercado eléctrico, mientras que la conexión está íntimamente relacionada con la seguridad de las instalaciones en cuestión<sup>40</sup>; lo que justifica la atribución de competencias sobre resolución de conflictos de acceso al Estado, ya que la formación de un mercado excede del ámbito autonómico, y la resolución de conflictos de conexión a las Comunidades Autónomas, salvo que exceda del ámbito territorial de la autonomía, al tratarse solo de una conexión física de las instalaciones.

Así, la doctrina del Tribunal Supremo ha establecido que la competencia en materia de acceso es atribuida al Estado como consecuencia del interés propio de la AGE en lo relativo al flujo o tránsito de electricidad a través de las redes, mientras que las competencias autonómicas en materia de conexión responden al interés de estas administraciones en lo relativo a la autorización de las instalaciones cuyos elementos y régimen de aprovechamiento se limiten a su ámbito territorial.

Así pues, el aún no vigente artículo 33 LSE refleja esta doctrina en materia de resolución de conflictos, así como también se refiere a ello el artículo 17 de la

---

Aunque cabe subrayar que la propuesta de RD de acceso y conexión pretende superar esa inversión secuencial al establecer que la tramitación de los permisos de acceso y conexión se hará de forma conjunta.

<sup>39</sup> Véase las SSTs (Sala 3ª) 5196/2007, de 29 de junio de 2007 (Núm. recurso 10891/2004) y 5213/2008, de 8 de octubre de 2008 (Núm. recurso 538/2006).

<sup>40</sup> Esta distinción entre acceso y conexión se observa en la Directiva 2009/72/CE, *vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera), de 9 de octubre de 2008 (asunto C-239/07), la cual dispone que “[...] El término «acceso» se vincula con el abastecimiento de electricidad, incluyendo en particular la calidad, la regularidad y los costes del servicio. Se emplea frecuentemente en el contexto de la garantía de las tarifas no discriminatorias [...]”, mientras que “[...] El término «conexión» se utiliza más bien en un contexto técnico y se refiere a la conexión física a la red [...] los Estados miembros velarán por que se definan criterios técnicos de seguridad y se elaboren y publiquen las normas técnicas que establezcan los requisitos técnicos mínimos de diseño y funcionamiento en materia de conexión a la red [...]”. Asimismo, destacamos el comentario a esta sentencia de la autora TORRES LÓPEZ, M. A., “El derecho de acceso de terceros a las redes de transporte y distribución de electricidad (Comentario a la STJCE, Sala 3ª, de 9 de octubre de 2008, As. C-239/07)”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 312, 2011, pp. 95-100.

propuesta RD de acceso y conexión. El apartado segundo de los preceptos citados, sigue reflejando la atribución de competencias en materia de resolución de conflictos de acceso a la CNMC, en sintonía con lo establecido en la legislación vigente (LSE de 1997, RD 1955/2000 y Ley 3/2013). Mientras que los artículos 33.5 LSE y 17.3 de la propuesta RD de acceso y conexión incorporan a la norma la doctrina que la autoridad reguladora nacional (CNMC y, con anterioridad a su creación, CNE) y el Tribunal Supremo viene aplicando hasta la fecha; esto es, atribuir la competencia en materia de resolución de conflictos de conexión a la CNMC cuando se trate de instalaciones de red que competen a la AGE, y para el caso de que compete a la autonomía, atribuir esa competencia a la Comunidad Autónoma en cuestión<sup>41</sup>. Vemos que la LSE es coherente con el modelo de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de manera que utiliza el criterio de la competencia para la autorización de la instalación de transporte o distribución, a la que va a realizarse la conexión, para otorgar la facultad de resolver los conflictos que puedan suscitarse en relación con la concesión de conexión a estas instalaciones.

Si bien hay que destacar una novedad introducida por estos preceptos que persigue garantizar la aplicación homogénea de criterios: la necesaria aportación de informe previo por parte de la CNMC para los casos en que la Comunidad Autónoma resuelve conflictos de conexión. Presentando este informe carácter vinculante en lo relativo a condiciones económicas y temporales relativas a los calendarios de ejecución de las instalaciones de los titulares de redes recogidas en la planificación de la red de transporte y en los planes de inversión de las empresas distribuidoras aprobados por la AGE. Así, será vinculante en supuestos en que se plantea una controversia tras la denegación de la solicitud de conexión a la red de competencia autonómica, cuando el motivo de denegación sea la no previsión de la instalación (sobre la que se solicita conexión) en la planificación vinculante de la red de transporte o en los planes de inversión de empresas distribuidoras (de competencia estatal en ambos casos).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente sobre la constitucionalidad del informe previo por medio de la Sentencia 32/2016, de 18 de febrero<sup>42</sup>, en atención de un recurso interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña. La Comunidad Autónoma alegaba que el informe previo vinculante desplazaba una competencia ejecutiva de la autonomía catalana. Si bien la sentencia concluyó que este mecanismo de los informes vinculantes es admitido como una técnica de acomodación o integración de dos competencias concurrentes, estatal y autonómica, que deben armonizar, disponiendo que “[...] el carácter vinculante del informe no

---

<sup>41</sup> Acerca de las instalaciones de red cuya autorización compete a la Administración estatal o autonómica, véase LEIVA LÓPEZ, A. D. (2018b: 194-195).

<sup>42</sup> BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2016.

es sino la consecuencia de ese mismo carácter vinculante atribuido a la planificación eléctrica de la red de transporte [...] por su parte, el informe vinculante sobre los planes de inversión de las empresas distribuidoras aprobados por la Administración General del Estado responde a competencias estatales [...] en relación con el régimen económico del sector [...] la aprobación del plan determina el reconocimiento del derecho a retribución con cargo al régimen económico del sector, segmento específico y diferenciado dentro de la propia materia régimen energético, cuyo establecimiento, dada su trascendencia, corresponde al Estado”.

Por último, debemos subrayar que la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad<sup>43</sup> otorga una competencia a la CNMC, en materia de acceso y conexión, que aún no ha sido transpuesta al derecho español. Nos referimos a la competencia para aprobar, con suficiente antelación a su puesta en práctica, las metodologías o tarifas para establecer las condiciones para la conexión y el acceso a las redes de transporte y distribución de electricidad, de manera que quede garantizada la viabilidad de éstas (artículo 37.6.a).

### **3. Novedades para productores**

A. La caducidad de los derechos de acceso y conexión y su eventual renovación

La disposición transitoria octava de la LSE de 2013 se refiere a la caducidad de los derechos de acceso y conexión concedidos a generadores. Existen dos circunstancias que dan lugar a esta caducidad: a) No haber obtenido la autorización de explotación de la instalación de generación asociada en el mayor de los siguientes plazos: 1.º Cinco años desde la entrada en vigor de la presente ley y 2.º Cinco años desde la obtención del derecho de acceso y conexión en un punto de la red; b) Habiendo obtenido la autorización de explotación, y por tanto siendo instalaciones construidas y en servicio, no verter energía a la red durante un período superior a tres años y por motivos imputables al titular de la instalación distintas al cierre temporal. Aparece así la caducidad como elemento novedoso, pues en la regulación anterior a la LSE no se contemplaba (solo se hablaba de caducidad de los procedimientos de autorización), de manera que los derechos de acceso y conexión eran otorgados y mantenidos de forma indefinida, lo que dificultaba la entrada de nuevos agentes a la red.

Específicamente, es la circunstancia a) la que, a la luz de la crisis económica vivida durante muchos años, y que consecuentemente ha ocasionado una ralentización severa de las inversiones en generación y su puesta en servicio, hace necesaria la

---

<sup>43</sup> DOUE núm. 211, de 14 de agosto de 2009.

regulación de un sistema de renovación de derechos de acceso y conexión. El motivo no es otro que el inminente vencimiento para determinados promotores -finales de diciembre de 2018- del plazo de cinco años a que se refiere la LSE, lo que ocasionaría la caducidad de los derechos de acceso y conexión obtenidos por un elevado número de instalaciones de generación con anterioridad a la entrada en vigor de la LSE y, por tanto, la repetición del procedimiento establecido para su obtención y la pérdida de garantías económicas satisfechas.

Además de esta coyuntura económica de crisis, otro factor determinante a tener en cuenta lo constituye la existencia de diferentes períodos de maduración de las tecnologías de generación de electricidad, los cuales pueden dificultar la puesta en servicio de algunas tecnologías (especialmente para las nuevas tecnologías: fotovoltaica, termosolar, eólica...).

Si bien estos motivos justificarían la necesidad de articular mecanismos para la renovación de derechos de acceso y conexión, ello no debiera cristalizar en la concesión de renovaciones por tiempo excesivo, ya que podría ocasionar intencionados bloqueos de capacidad de manera indefinida. La evitación de esto último debe constituir un objetivo prioritario para poder alcanzar garantías efectivas de libre acceso de terceros a las redes en condiciones de igualdad y, en definitiva, para contribuir positivamente a la formación de un mercado eléctrico basado en la libre competencia.

Destacadamente, se produce un cambio normativo con posterioridad a la elaboración del borrador de reglamento que analizamos por medio del Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores<sup>44</sup>. Este cambio implica retrasar más el plazo de caducidad previsto en el apartado a).1.º de la disposición transitoria octava de la LSE, que iba a tener lugar en el mes de diciembre de 2018. Así, el artículo 19.2 Real Decreto-ley 15/2018 da una nueva redacción a la disposición transitoria octava, estableciendo que va a tener lugar la caducidad de derechos a) si no se hubiera obtenido la autorización de explotación en el mayor de los siguientes plazos: 1.º antes del 31 de marzo de 2020; 2.º Cinco años desde la obtención del derecho de acceso y conexión en un punto de la red.

En este contexto, la propuesta de RD de acceso y conexión prevé la posibilidad de solicitar una renovación consistente en una única prórroga, por período adicional de cinco años, del derecho de acceso y conexión, cuando éste hubiera caducado por no existir autorización de explotación en el plazo establecido. Así, el escenario es el siguiente: para las instalaciones de producción que obtuvieron estos derechos con anterioridad a la entrada en vigor de la LSE (2013), la caducidad llegaría a finales

---

<sup>44</sup> BOE núm. 242, de 6 de octubre de 2018.

de diciembre de 2018 (disposición transitoria octava LSE), aunque tras la reforma de 2018 se retrasaría a 31 de marzo de 2020; mientras que para quienes obtuvieron estos derechos con posterioridad a la entrada en vigor de la LSE y antes de la entrada en vigor de la propuesta de RD de acceso y conexión (disposición transitoria primera de la propuesta) y para los que obtengan permisos tras la entrada en vigor de la propuesta de RD de acceso y conexión (artículo 23.1 de la propuesta), caducarán a los cinco años desde obtenidos los derechos o permisos de acceso y conexión. En todos los casos la caducidad tiene lugar si no se ha obtenido, llegado el plazo máximo, la autorización de explotación de la instalación. En este punto, entendemos que más allá de exigir la obtención última de la autorización de explotación, se demandan hitos administrativos intermedios, con plazos de caducidad definidos al efecto, que atiendan el tipo de tecnología (con distintos grados de madurez), los distintos estados de desarrollo de las instalaciones (debe diferenciarse entre promotores que aún no han empezado la construcción de aquellos que ya han acometido inversiones) y que valoren la posible imputación de dilaciones en la obtención de autorizaciones anteriores a la de explotación (autorización previa y autorización de construcción) a agentes distintos al promotor.

Así, la propuesta de RD de acceso y conexión regula un procedimiento de renovación de derechos y permisos de acceso y conexión. El artículo 24 se refiere a la renovación de aquellos obtenidos a partir de la entrada en vigor del texto. Mientras que la disposición transitoria segunda de la propuesta define el procedimiento a seguir para productores que hubieran obtenido los derechos de acceso y conexión con anterioridad a la entrada en vigor de la LSE. No queda tan claro, sin embargo, el procedimiento de renovación para productores cuyos derechos de acceso y conexión hubieran sido obtenidos tras la entrada en vigor de la LSE y antes de la entrada en vigor de la propuesta de RD de acceso y conexión.

De un lado, el mencionado artículo 24 admite la posibilidad de renovación “una única vez”, por lo que debemos entender una prórroga adicional de cinco años, lo que implica que las solicitudes podrán estar en tramitación un plazo máximo improrrogable de 10 años. La solicitud tendrá que cursarla el propio titular de los derechos, o en su caso el interlocutor único de posición cuando se trate de tecnología renovable (sucesor, como vemos en adelante, del Interlocutor Único de Nudo), con una antelación de un mes desde la fecha de su caducidad (caso de no hacerlo, se perderá el derecho de renovación y solo cabría obtener acceso y conexión por medio de una solicitud nueva), y será dirigida al titular de la red en cuestión. Esta solicitud deberá acompañar: i) declaración responsable acerca del mantenimiento de la totalidad de condiciones bajo las cuales se concedieron los permisos de acceso y conexión; ii) garantía económica adicional por valor de 3 veces la establecida en el RD 1955/2000 (10€/kW instalados); lo que ascendía, a la fecha de elaboración

del borrador de reglamento, a una cuantía equivalente a 30€/kW instalados<sup>45</sup>. Sin embargo, de mantenerse la propuesta de reglamento, esta cuantía sería mayor si observamos la reciente modificación del RD 1955/2000 operada a través del Real Decreto-ley 15/2018. Este cambio supone la modificación del importe de garantía económica que debe abonarse, pasando de 10€/kW instalados a 40€/kW instalados. Por lo que, de aprobarse el RD de acceso y conexión en estos términos, la cuantía a abonar para la renovación de derechos sería el resultado de multiplicar por 3 esta nueva garantía económica.

Esta garantía económica de mayor cuantía dará más firmeza a la tramitación y persigue garantizar cierto equilibrio entre los intereses de un solicitante que inició el procedimiento cinco años atrás, y quiere poner en marcha el proyecto, y de los nuevos eventuales agentes entrantes que también puedan tener interés en conectarse a un mismo punto que podría verse bloqueado por instalaciones que están en tramitación. Aunque cabría plantearse si estas cuantías son aún insuficientes para la evitación de posibles bloqueos de puntos de conexión por períodos de hasta 10 años, los cuales seguirían permitiendo adoptar estrategias especuladoras a sus promotores<sup>46</sup>.

De no cumplirse con estos requisitos, la solicitud podrá ser inadmitida. Asimismo, el titular de la red podrá requerir subsanación al solicitante en el plazo de 15 días. En su caso, la tramitación de la solicitud, una vez admitida, tendrá prioridad sobre nuevas solicitudes. El titular de la red dispondrá de 15 días para comunicar la

---

<sup>45</sup> En este punto, los artículos 59bis (transporte) y 66bis (distribución) RD 1955/2000 obligan a presentar resguardo acreditativo de haber depositado una garantía económica, en modalidad de efectivo o aval prestado por entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca, por una cuantía equivalente a 10€/kW instalados. Existiendo exenciones a la presentación de tal garantía para determinadas instalaciones que quieran acceder a la red de distribución.

<sup>46</sup> Es el denominado mercadeo de los puntos de conexión del que se benefician ciertos agentes del sector. Así, estos agentes obtienen derechos de acceso y conexión en un punto de la red, con el único coste económico que suponen los avales (10.000 €/MW instalado), pero sin ninguna intención de desarrollar proyecto alguno. De esta forma, cuando otros agentes quieren conectarse al mismo punto de red sobre el que han obtenido los derechos de acceso y conexión, comienza un proceso de negociaciones; esto es, de venta de la empresa. Es entonces cuando el agente, con un ánimo puramente especulativo, ofrece ese punto a cantidades muy por encima de las que abonaron en concepto de aval (llegando a cuantías de hasta 100.000 €/MW instalado); lo que termina cristalizando en la venta efectiva, habida cuenta de que buscar otro punto o llevarte la línea a otro lado puede suponer un coste mayor para el nuevo agente peticionario. Estos agentes se benefician de momentos en que los puntos de conexión son muy demandados, como por ejemplo tras las grandes subastas de energías renovables, como sucede actualmente con las acontecidas recientemente en los años 2016 y 2017. Véase <https://elperiodicodelaenergia.com/asi-es-el-vergonzoso-mercadeo-permitido-de-los-puntos-de-conexion-a-la-red-electrica-en-espana/>.

Con la nueva normativa, estos especuladores tendrán que abonar cantidades más elevadas en concepto de aval si quiere ver renovados sus permisos, lo que en principio supone un paso adelante en la lucha contra los bloqueos de capacidad especulativos, aunque cabe plantearse si ello será suficiente.



concesión o denegación, cuando no se trate de la misma instalación<sup>47</sup>, de la renovación de permisos.

Por último, cabe señalar que las discrepancias que pudieran suscitarse en relación a la denegación de las solicitudes de renovación van a ser resueltas por el órgano competente de conformidad con las reglas definidas en materia de resolución de conflictos de acceso y conexión (remisión al epígrafe 2.B).

De otro lado, la disposición transitoria segunda de la propuesta de RD de acceso y conexión va a regular el procedimiento para la obtención de renovación que deben seguir aquellos productores, cuyos derechos de acceso y conexión hubieran sido obtenidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LSE de 2013, y que caducaban, a la fecha de elaboración de la propuesta de real decreto, a finales de diciembre de 2018. Si bien, tras la reforma de 2018, pasarían a caducar en fecha 31 de marzo de 2020.

Los interesados van a tener un plazo de 3 meses desde la entrada en vigor del real decreto para formalizar sus solicitudes, las cuales vendrán acompañadas de la aceptación de las condiciones técnicas y económicas y de las garantías a que se refiere el artículo 16<sup>48</sup>. Caso de no aportarse estas garantías una vez renovados los permisos, el titular dispondrá de un período de tres meses para constituir las y presentarlas al titular de la red en cuestión. Y de no hacerlo en este plazo, se produciría la caducidad de los permisos de acceso y conexión. Asimismo, se va seguir el procedimiento de renovación previsto en el artículo 24, el cual incluye la aportación de garantía económica adicional por valor de 3 veces la establecida en el RD 1955/2000 (que, como hemos indicado, pasaría a ser ahora de 40 €/kW instalados).

Sobre la aceptación de las condiciones técnicas y económicas que acompañan a la solicitud, caso de no acreditarse tal aceptación, los solicitantes deberán tramitar la renovación de permisos aportando toda la información requerida a que se refiere el Capítulo III, y teniendo en cuenta las siguientes particularidades: i) Que el titular de

---

<sup>47</sup> El anexo VIII de la propuesta de RD de acceso y conexión se refiere a las características de la instalación que caso de ser modificadas supondría encontrarnos ante una instalación que “no es la misma” a los efectos de la renovación: *i) Tecnología de generación; ii) Potencia instalada*, cuando la variación suponga un aumento del 5 %; *iii) Ubicación*, cuando menos del 50 % de la superficie de su envolvente se encuentre dentro de la misma parcela.

<sup>48</sup> El cual dispone que los solicitantes, para los puntos de conexión superiores a 1 kV en los que la totalidad o parte de las actuaciones llevadas a cabo en las redes deban ser sufragadas por ellos mismos como titulares de los permisos, y éstas deban ser desarrolladas por el propietario de la red en cuestión, deberán presentar al titular de la red una garantía económica de al menos el 25 % del valor de la inversión (el cual incluye la posición de conexión y los trabajos de refuerzos, adecuación, adaptación o reforma de las instalaciones de red necesarias para la conexión). Se trata de una garantía que se podrá hacer efectiva mediante pago al contado o por medio de instrumentos financieros equivalentes.

la red tramitará la solicitud con preferencia respecto a otras solicitudes cursadas para el mismo nudo o posición; ii) Que de considerarse la instalación como “la misma” a los efectos de renovación, de conformidad con los criterios ya observados del Anexo VIII, no podrán denegarse los permisos por inexistencia de capacidad de acceso y conexión.

Las garantías a que se refieren los preceptos 16 y 24 entendemos que también debieran ser satisfechas por aquellos productores que quieran renovar los derechos de acceso y conexión obtenidos tras la entrada en vigor de la LSE y antes de la entrada en vigor de la propuesta de RD de acceso y conexión. Por lo que cabe esperar que el texto definitivo haga referencia a este punto.

Por último, cabe significar que el establecimiento de este modelo de renovación de permisos implica cierto debate en cuanto a la técnica jurídica empleada para su regulación, ya que la duración de estos derechos y avales regulados en la LSE se estaría modificando a través de una norma con rango inferior a ley. Cabría plantearse qué puede suceder si un eventual agente con interés en acceder a un mismo punto del nudo de conexión cuestionara la validez legal de renovaciones de derechos que pudieran estar ocasionando un bloqueo del punto al que se quiere acceder. En cualquier caso, si los tribunales se pronunciaran acerca de la posible nulidad de las renovaciones otorgadas, no entendemos viable la expulsión del sistema de quienes ya hubieran entrado al sistema, lo cual no es óbice a que se buscasen soluciones alternativas compensatorias para aquellos solicitantes que hubieran quedado fuera por este motivo.

Por otro lado, se han echado en falta hasta la fecha incentivos que llevasen a generadores solicitantes a retirar sus proyectos cuando sea prevea que no van a salir adelante. La regulación preveía la pérdida del aval completo cuando los derechos de acceso y conexión caducan, lo cual no ha generado para el promotor ningún incentivo para retirarse, ya que perdería la totalidad del aval independientemente del momento en que retire su proyecto. Esto ha provocado el bloqueo de capacidades en un punto de la red durante el plazo de vigencia de los derechos de acceso y conexión obtenidos (5 años); lo que entendemos podría solucionarse creando hitos administrativos intermedios encaminados a incentivar la retirada de proyectos a través de penalizaciones que no supongan la cancelación íntegra del aval, sino que se fije por porcentajes atendiendo al momento en que se retira el proyecto. Quizá también cabría plantearse incrementar la cuantía del aval.

En este punto, el Real Decreto-ley 15/2018, en su disposición adicional tercera, prevé que aquellas instalaciones que dispongan de los permisos de conexión y acceso que no vayan a cumplir los plazos definidos, van a poder renunciar a su derecho de conexión y acceso, y, en consecuencia, se les devolverían las garantías aportadas; esto es, recuperarían los costes satisfechos, a excepción de aquellos no recuperables en que

hubiese incurrido el titular de la red hasta el momento. Si bien, aunque esta medida incentivaría la retirada de proyectos, se siguen echando en falta los hitos intermedios, que atiendan cada situación particular, a que nos hemos referido.

Asimismo, resulta preocupante la falta de sintonía entre la forma de cómputo de plazos previsto en la normativa estatal a la hora de calcular la caducidad de derechos de acceso y conexión y de los plazos definidos en la normativa autonómica para el cálculo de la caducidad de los procedimientos de autorización administrativa. Se manejan conceptos de caducidad con plazos distintos y formas de cómputo distintos que debieran corregirse.

### B. Presentación de garantía económica

Para la generación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59bis (transporte) y 66bis (distribución) RD 1955/2000, como requisito previo a la presentación de la solicitud de acceso a las redes de transporte y distribución, los solicitantes deben presentar ante el órgano competente para otorgar la autorización de la instalación, o ante la Caja General de Depósitos si son instalaciones de competencia de la AGE, resguardo de haber depositado una garantía económica que, tras la modificación mencionada de 2018, equivaldría a 40€/kW instalados. La confirmación por el órgano competente de la adecuada constitución de los avales deberá acompañar a la solicitud de acceso que el solicitante dirige al gestor de la red de transporte o distribución.

Específicamente, para el acceso a la red de distribución, estarán exentas de la presentación de estas garantías las instalaciones de potencia igual o inferior a 10 kW o aquellas instalaciones de generación destinadas al autoconsumo que no sean consideradas instalaciones de producción. Estas últimas son las definidas, en el RD 900/2015, de 9 de octubre, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía con autoconsumo y de producción con autoconsumo<sup>49</sup>, como instalaciones de autoconsumo instantáneo o “tipo I” y que no vierten a la red su energía excedentaria.

Esta garantía, en modalidad de efectivo o aval prestado por entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca, ha sido considerada insuficiente por distintos sectores, ya que atrae comportamientos especulativos en el sentido a que nos hemos referido en el apartado anterior.

Sobre la ejecución de la garantía, cabe significar que según lo dispuesto en el RD 1955/2000 ésta tendrá lugar cuando: i) exista desistimiento por parte del solicitante en la construcción de la instalación; ii) caducidad de los procedimientos de

---

<sup>49</sup> BOE núm. 243, de 10 de octubre de 2015.

autorización administrativa de la instalación; iii) incumplimiento de los plazos definidos para las autorizaciones preceptivas.

La circunstancia ii) del reglamento ha implicado durante mucho tiempo la ejecución de los avales y la consecuente obligación de iniciar de nuevo la tramitación de autorizaciones administrativas, pero en ningún caso ello implicaba la pérdida por parte del solicitante de los derechos de acceso y conexión obtenidos en el procedimiento previo al trámite de autorizaciones. Esta regulación ha provocado bloqueos de capacidad en ciertos puntos de la red, los motivos son: a) ciertos comportamientos especulativos por parte de agentes solicitantes que, asumiendo la pérdida del aval, han mantenido los derechos de acceso y conexión hasta encontrar una situación de mercado óptima para su venta; b) la falta de instrumentos que incentivasen a generadores a retirar sus proyectos cuando las previsiones de salir adelante eran adversas, de manera que estos, habida cuenta de que perderían la cantidad de aval íntegra independientemente del momento de retirada, no veían inconveniente en mantener sus instalaciones hasta llegada la ejecución del aval por caducidad de procedimientos de autorización.

Pero tras la aprobación de la LSE en 2013, su disposición transitoria octava ha venido estableciendo que los derechos de acceso y conexión también van a caducar cuando el solicitante generador no hubiera obtenido autorización de explotación en cinco años desde la entrada en vigor (modificado por el Real Decreto-ley 15/2018) o desde la obtención del derecho de acceso y conexión. Esto pone fin a las posibles conductas especulativas a que nos hemos referido, ya que además de la ejecución del aval, se perderán los derechos de acceso y conexión. Sin embargo, se han seguido echando en falta mecanismos que inviten a solicitantes a desistir, pues el aval se seguiría perdiendo en su totalidad al margen del momento de retirada de proyectos. Aunque el Real Decreto-ley 15/2018, y específicamente su disposición adicional tercera, ha supuesto una mejora sustancial, al permitir a los promotores recuperar los costes, a excepción de aquellos no recuperables en que hubiese incurrido el titular de la red. Sin embargo, entendemos que seguiría siendo aconsejable en este punto que hubiese ejecuciones parciales del aval que atiendan al momento de retirada de un proyecto fallido.

Por su parte, la propuesta de RD de acceso y conexión sigue exigiendo, en su artículo 7, la aportación de garantías económicas según lo establecido en los artículos 59bis y 66bis RD 1955/2000. Si bien, de conformidad con el artículo 16 de la propuesta, en un espacio temporal posterior, una vez obtenido el permiso de acceso y conexión, obliga a los titulares de permisos a aportar otra garantía adicional distinta al aval de acceso. El precepto dispone, como novedad, que esta confirmación económica del pago de aval debe llegar tras la obtención provisional de los permisos

de acceso y conexión y que, además, atenderán a unos plazos definidos en función del nivel de tensión debido al tiempo de maduración de los proyectos. Así pues, en los puntos de tensión superior a 1 kV, donde la totalidad o parte de las actuaciones que deben realizarse en las redes deben ser pagadas por los solicitantes de acceso y conexión y desarrolladas por los titulares de las redes, los solicitantes de acceso y conexión deberán presentar al propietario de la red una garantía económica de al menos un 25 % del valor de inversión (que incluye la posición de conexión y los trabajos de refuerzo, adecuación, adaptación o reforma de instalaciones de la red requeridas para la conexión), en un plazo no superior a: i) 6 meses para instalaciones de tensión inferior a 36 kV; ii) 12 meses para instalaciones de tensión superior o igual a 36 kV e inferior a 220 kV; iii) 18 meses para instalaciones de tensión superior o igual a 220 kV e inferior a 380 kV; iv) 24 meses para instalaciones de tensión igual o superior a 380 kV. Todos los plazos computan a partir de obtenidos los permisos de conexión y acceso provisionales y caso de no cumplirse darán lugar a la caducidad de estos.

### C. El Interlocutor Único de Posición (IUP)

La nueva regulación contempla la sustitución de la figura del Interlocutor Único de Nudo (IUN) por el Interlocutor Único de Posición (IUP). Vemos en adelante qué cambios se han introducido en este punto.

El Interlocutor Único de Nudo (IUN) aparece regulado en el apartado cuarto del Anexo XV RD 413/2014. Así, la tramitación del procedimiento de acceso a la red de transporte de instalaciones de producción mediante fuentes renovables, cogeneración y residuos, «cuando varios generadores compartan punto de conexión a la red de transporte [...]», se llevará a cabo, ante el Operador del Sistema y Gestor de la Red de Transporte (REE), de forma conjunta con el procedimiento de conexión. Asimismo, este procedimiento tendrá lugar de forma coordinada por un Interlocutor Único de Nudo (IUN), quien «[...] actuará en representación de los generadores, en los términos y con las funciones que se establezcan» que se encuentren en cualquier posición del nudo.

La potencia de instalaciones que pretenden conectarse a la red de transporte es generalmente inferior a las capacidades existentes en el nudo concreto, por lo que varias instalaciones se pueden ver obligadas a compartir infraestructuras de evacuación y, por tanto, a acudir a la función de representación y coordinación que ostenta este interlocutor.

Además, el papel del IUN también estará presente tras la puesta en servicio de la generación para una mejor coordinación entre los generadores mediante fuentes de energías renovables, cogeneración y residuos, que comparten punto de conexión a la red de transporte, y el Operador del Sistema.

Esta figura será designada por las Administraciones competentes y será responsable de garantizar que se cumplen los requisitos técnicos relativos a conexión de instalaciones de generación y a la operación coordinada de las instalaciones de conexión a la red de transporte. De no efectuarse una solicitud de forma coordinada con el IUN, el Operador del Sistema atenderá la misma subrayando la necesidad de que se respete el cauce procedimental definido a tal efecto. En este punto, cabe añadir que las coordenadas de contacto de los IUN se encuentran accesibles en la página web corporativa de REE.

En este punto, la propuesta de RD de acceso y conexión crea una nueva figura, que viene a sustituir al IUN, con la finalidad de optimizar la utilización de las redes de transporte y, también ahora, distribución, así como de minimizar el impacto ambiental. Se trata del Interlocutor Único de Posición (IUP), figura regulada en el artículo 8 de la propuesta que será designada atendiendo a un orden de antigüedad en la obtención de derechos o presentación de solicitudes o, en su defecto, al acuerdo celebrado entre las partes; desapareciendo así la intervención de la Administración en este nombramiento.

Como dispone el precepto, éste se encargará de representar en el procedimiento de acceso y conexión a varios titulares o promotores de instalaciones de generación cuando se conectan a una misma posición de tensión superior a 36 kV de una subestación, con la finalidad última de que estos compartan infraestructuras de evacuación para conectarse a esa posición única. Por lo que, como novedad, la figura se extiende a los posibles puntos de conexión en posiciones de la red de distribución por encima de esa tensión, así como restringe su ámbito de actuación a la posición concreta del nudo al que se conecta, a diferencia de la figura anterior que representaba la totalidad de un nudo. Ello evita comportamientos no deseados por parte del interlocutor que pudieran bloquear la tramitación de solicitudes de acceso y conexión.

Además, permitirá que caso de no existir capacidad en una posición concreta o de existir restricciones de otro tipo impuestas por el interlocutor, se pueda acudir a otra posición cuyas solicitudes pudieran estar representadas por otro interlocutor. Destacadamente, se consideran habilitadas con carácter general dos posiciones de reserva adicionales, además de las incluidas en la planificación, de forma que el solicitante, sin necesidad de pasar por el procedimiento de aprobación de nuevas posiciones en la planificación, encuentre mayor facilidad a la hora de efectuar su conexión en una subestación ante posibles restricciones en la posición sobre la que solicitó conectarse. Sin embargo, esto podría no ser del todo satisfactorio en ciertos nudos de la red de transporte donde la ampliación física deviene inviable por existir una capacidad de cortocircuito saturada. Por tanto, habrá que atender las particularidades de cada zona geográfica.

Por otro lado, habrá que distinguir dos supuestos: i) Si no existiera un IUN en el punto concreto a la entrada en vigor de la propuesta (artículo 8), el solicitante de permiso de acceso y conexión será designado como tal por el titular de la red sobre la que se solicitan los permisos. Aunque cabe la posibilidad de que los interesados en una posición concretan acuerden designar a otro sujeto, lo que tendrán que comunicar al titular de la red. El sujeto designado tendrá que cursar y gestionar las solicitudes de todos los interesados en una misma posición respetando la prelación temporal de éstas, para así evitar los posibles bloqueos a que nos hemos referido, lo cual no había sido reflejado hasta ahora con tanta claridad. Recibida la solicitud de acceso y conexión, el titular de la red debe informar acerca de la existencia o inexistencia de interlocutores en cada posición, lo cual puede ocasionar que solicitantes decidan dirigirse a otro interlocutor o cursar una nueva solicitud en una posición donde no hay designado ninguno. Y es que el interlocutor es un agente más que dispone de información y ésta debe ser accesible por todos. Si el interlocutor no traslada las solicitudes al titular de la red, fuera de los casos en que está legitimado para ello (falta de documentación, de compromisos de pago o de capacidad suficiente en la posición solicitada), o existen otras discrepancias relativas a las relaciones con éste, los peticionarios podrán plantear conflicto de acceso y conexión en los términos ya examinados; y ii) Caso de existir ya IUN a la entrada en vigor de la propuesta (disposición transitoria tercera), tendrá lugar la conversión de éste en IUP. El criterio será designar como IUP al primer generador que hubiera obtenido los derechos de acceso y conexión o, en caso de no existir, el primero que lo hubiera solicitado. Aunque cabe la posibilidad de que por acuerdo de los generadores ya conectados o representados por interlocutor designen otro sujeto como IUP, lo que deberán comunicar al titular de la red.

En definitiva, el IUP aparece como una figura instrumental que trata de lograr un mayor equilibrio entre el bien colectivo, que es la capacidad de acceso y conexión disponible en la red de transporte y distribución de elevada potencia, y los intereses particulares de los promotores. Vemos que para su designación es necesario un acuerdo entre las partes implicadas, que minimizan posibles conflictos de intereses, porque las capacidades de red constituyen un bien público que no puede restringirse por un interés particular de quien hubiera obtenido primero los derechos de acceso y conexión o, en su caso, hubiera presentando la solicitud. Aunque en este punto quizá la norma debiera incentivar también una figura del todo independiente, ajena incluso al sector, que no tuviera intereses económicos particulares en el nudo. Lo que, unido a una mayor automatización de los trámites coherente con el avance tecnológico, podría cristalizar en un modelo de acceso y conexión a las redes donde los bloqueos de capacidad brillen por su ausencia.

También cabría plantearse si al menos en distribución podría prescindirse de esta figura, pues en ocasiones se ha cuestionado que el valor que aporta la función intermediadora del interlocutor pudiera ser inferior al propio que aportaría el gestor de la red de distribución.

Si bien es positivo el paso de una figura a otra al permitir a los promotores elegir distintas posiciones dentro de una misma subestación, teniendo por tanto alternativas a una eventual denegación por parte del interlocutor, se echa en falta, por otro lado, una relación detallada de funciones y plazos, así como de un régimen de responsabilidades económicas para supuestos de incumplimiento por parte del interlocutor. Cuestión ésta de interés, pues el interlocutor actúa en cierto modo como juez y parte, representando una función intermediadora y de gestión que debiera tener mayor cobertura regulatoria.

### 4. Novedades para autoconsumidores

#### A. Cuestiones introductorias

Las tecnologías basadas en fuentes de energía renovables empleadas para el autoconsumo de electricidad experimentan cada vez mayores avances y madurez tecnológica (especialmente, las instalaciones fotovoltaicas), lo que, unido a los progresos obtenidos en materia de almacenamiento energético a pequeña escala (destacando las baterías para uso doméstico)<sup>50</sup>, lanza importantes retos en materia de configuración de requisitos técnicos para el acceso y conexión de estas instalaciones a las redes.

Todo ello en un escenario político internacional y europeo –destacadamente la COP21<sup>51</sup> y el «Winter Package»<sup>52</sup>- que otorga un papel protagonista al las energías

---

<sup>50</sup> Destaca la batería *Powerwall* de Tesla, que fue lanzada al mercado en el año 2015, la cual utiliza una tecnología ion-litio con potencial suficiente para permitir al usuario almacenar la energía que genera y autoabastecerse o, incluso, vender la energía al sistema en aquellas horas en que tiene excedente. A pesar de encontrarse aún en una fase temprana de desarrollo, ya existe una segunda generación de esta batería, de 2017, con una capacidad de almacenar energía sobrante de hasta 13,5 kWh, lo que permitiría abastecer a una vivienda tipo de cuatro habitaciones durante un día completo. Véase KAZIMIERSKI, M. A., “Almacenamiento energético frente al inminente paradigma renovable: el rol de las baterías ion-litio y las perspectivas sudamericanas”, en *Letras Verdes*, núm. 23 (2018), pp.120-121.

<sup>51</sup> 21.ª Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 2015 (COP21/CMP11), también conocida como «París 2015» o «Cumbre del Clima de París», celebrada en la capital francesa entre el 30 de noviembre y el 11 de diciembre de 2015. Donde los Estados integrantes, bajo la supervisión de EE.UU. y China, manifestaron un interés común y firme por hacer frente al cambio climático.

<sup>52</sup> Como novedad que va a afectar a la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables -COM (2016) 767 final- contenida en el Paquete de Invierno Energético, cabe destacar el reciente acuerdo adoptado por representantes del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea, de 14 de junio de 2018, a través del cual



renovables y, en particular, al autoconsumo de electricidad basado en fuentes de energía renovables, lo que convierte al autoconsumidor (también denominado prosumidor) en pieza clave para la consecución de un modelo energético donde la aportación de los combustibles fósiles vaya disminuyendo gradualmente<sup>53</sup>. Así, los titulares de las redes deben asumir el importante reto de atender y gestionar la multiplicidad o bidireccionalidad en la energía que, como consecuencia de la interacción del autoconsumidor con la red, va a existir en sus infraestructuras. Para lo que resultaría de gran utilidad la introducción de mecanismos de flexibilidad que superen los límites de inversión que a día de hoy tienen los distribuidores y el desarrollo normativo de incentivos a la innovación en las redes eléctricas que favorezca la reducción de costes de inversión.

Hasta la fecha, la regulación básica de las distintas figuras de autoconsumo la encontramos en el artículo 9 LSE, recientemente modificado por el Real Decreto-ley 15/2018. Mientras que los requisitos técnicos que deben cumplir aquellas instalaciones que vayan a ser destinadas al autoconsumo de energía eléctrica en el marco del procedimiento de acceso y conexión a la red aparecen fundamentalmente regulados en el RD 900/2015<sup>54</sup>. Aunque cabe subrayar que existe la posibilidad de que la instalación de autoconsumo no se conecte a la red, figura conocida como “autoconsumo aislado”<sup>55</sup>, en cuyo caso no le serían de aplicación las disposiciones contenidas en el reglamento y, en consecuencia, no tendría que sufragar los costes y servicios del sistema.

Desde la entrada en vigor del RD 900/2015 han sido muchas las objeciones planteadas en torno a la posible inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos (fundamentalmente en materia de autoconsumo compartido y registros administrativos), siendo varias de ellas objeto de pronunciamiento por parte de los tribunales españoles.

---

se comprometen a que un 32 % de energía consumida provenga de fuentes renovables para el año 2030. Vid. European Commission Statement “*Europe leads the global clean energy transition: Commission welcomes ambitious agreement on further renewable energy development in the EU*”: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_STATEMENT-18-4155\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-4155_en.htm).

<sup>53</sup> LEIVA LÓPEZ, A. D., “La regulación del autoconsumo de electricidad en un nuevo entorno social y tecnológico”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 110, tomo 1 (2018a), pp. 118-119.

<sup>54</sup> A mayor abundamiento sobre la regulación legal y los avances en materia de autoconsumo, vid. ORTIZ GARCÍA, M. “El autoconsumo de electricidad en España y su (primera) ordenación jurídica. Un avance (lento) hacia el imparable cambio de modelo energético”, en I. REVUELTA PÉREZ (dir.), *La regulación de las energías renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 453-532.

<sup>55</sup> La posibilidad real de que el autoconsumidor, habida cuenta del desarrollo tecnológico actual, se desconecte de la red es muy remota, pues los aparatos eléctricos necesitan la frecuencia, tensión y potencia que proporciona la red como respaldo. LEIVA LÓPEZ, A. D. (2018 a 136).

En este orden de cosas, la propuesta de RD de acceso y conexión, con el fin de evitar la dispersión normativa, ha emprendido la modificación de algunas de estas disposiciones, para dar cumplimiento a los recientes pronunciamiento de la judicatura al respecto y en aras de lograr beneficios para el conjunto del sistema. Asimismo, se crean medidas que simplifican los requisitos técnicos del autoconsumo para así posibilitar un desarrollo de la generación distribuida ordenado y compatible con la adecuada gestión de la operación del sistema. A continuación, analizamos cuáles son estas revisiones contenidas en la propuesta.

### B. Exención de la obligación de obtener los permisos de acceso y conexión

La propuesta de RD de acceso y conexión establece un procedimiento general para la obtención de los permisos de acceso y conexión (artículos 9 a 17) y, como novedad, un procedimiento abreviado (artículo 18). Este último, al que solo podrán acogerse sujetos en los que concurren circunstancias específicas (consumidores o generadores con una potencia inferior a 15 kW), será similar al general, pero con unos plazos que se verán reducidos a la mitad. Estos procesos de acceso y conexión van a dotar de viabilidad a aquellas instalaciones de generación, fundamentalmente no gestionable, de manera que quede garantizada su operabilidad en el horizonte 2030.

Sin embargo, para las instalaciones de autoconsumo con contratos de acceso vigentes se prevé, en el artículo 19, una exención de la obligación de obtener estos permisos a través de cualquiera de los dos procedimientos establecidos cuando éstas dispongan de mecanismos antivertido o inyección cero; es decir, podrán acogerse a esta exención solo las instalaciones pertenecientes a la modalidad de suministro con autoconsumo –tipo 1– (también denominado autoconsumo instantáneo) definida en los artículos 9.1.a) LSE y 4.1.a) RD 900/2015. Por su parte, el Real Decreto-ley 15/2018 (disposición adicional segunda) se refiere a esta exención para una modalidad que pasaría a denominar como autoconsumo sin excedentes.

Esta modalidad implica que la electricidad generada por el autoconsumidor va directamente a los aparatos eléctricos y, por tanto, se consume de forma instantánea en el mismo momento en que se produce. De manera que el autoconsumidor tendrá la consideración de “sujeto consumidor”, pero no productor, pues no vende su energía sobrante.

La aplicación de tal exención requiere del autoconsumidor tipo 1 que disponga del contrato de acceso para el consumo en vigor que se regula en el artículo 8 del RD 900/2015, el cual establece la obligación de que el consumidor suscriba un contrato de acceso para el consumo con la empresa distribuidora directamente o a través de la empresa comercializadora, o modificar el existente, de conformidad con la normativa aplicable.

### C. Procedimiento abreviado de conexión de instalaciones

Una vez obtenidos los permisos de acceso y conexión (que para el autoconsumidor con mecanismos antivertido se identifica con el contrato de acceso a que nos hemos referido supra) y construida la instalación, será necesario acudir a un procedimiento para la conexión efectiva de instalaciones a la red. En este punto, la propuesta de RD de acceso y conexión regula también un procedimiento general (artículo 21) y un procedimiento abreviado (artículo 22) de conexión a la red; pudiendo acogerse a este último aquellos autoconsumidores, con el interés de conectar sus instalaciones de generación para autoconsumo a través de su red interior, que dispongan de contrato de acceso en vigor y de mecanismos antivertido. Vemos, por tanto, que el criterio es el mismo que el empleado para conceder exenciones en materia de obtención de permisos, por lo que aquellos autoconsumidores que no pudieran acogerse a tal exención definida en el artículo 19 –modalidad tipo 2- tampoco podrán acudir a un procedimiento abreviado a la hora de llevar a cabo la conexión efectiva de sus instalaciones.

En este procedimiento abreviado definido en el artículo 22, el prosumidor debe formalizar una solicitud a través de un modelo simplificado, lo que podrá hacer de forma simultánea con otra actuación que también es posterior a la obtención de los derechos de acceso y conexión y a la construcción de la instalación, y necesaria para conectar la instalación a la red: la suscripción del contrato técnico de conexión (que vendría a sustituir a la figura del contrato técnico de acceso). Finalizado el procedimiento de conexión, tendrá lugar la puesta en servicio de la instalación de autoconsumo, para lo que el titular de ésta deberá comunicar al titular de la red, con antelación de cinco días, la fecha y hora a la que se va a realizar, por si éste quisiera estar presente.

### D. El autoconsumo colectivo

El artículo 4.3 RD 900/2015 dispone que «En ningún caso un generador se podrá conectar a la red interior de varios consumidores». Se trata de un precepto de capital importancia, pues impide que autoconsumidores (que pudieran encontrarse en un edificio dividido en propiedad horizontal, casas adosadas u otras modalidades complejas) compartan la línea de conexión de un generador a la red interior. Por tanto, esta prohibición aparece como un obstáculo al autoconsumo colectivo (también denominado compartido o vecinal). Además, cabe significar que se trata de una materia cuya competencia ha sido reclamada por las Comunidades Autónomas, pues entienden que estas instalaciones, de pequeño tamaño y para el consumo en una misma ubicación, no presentan una incidencia significativa desde el punto de vista técnico y de la gestión de la energía, por lo que no se justifica el carácter básico de aplicación (conforme al artículo 149.1.25 CE) que daría cobertura a la competencia estatal asumida.

Las Directivas 2009/72/CE y 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables<sup>56</sup> han subrayado la importancia de la generación descentralizada (siendo una de sus más eficaces tecnologías la del autoconsumo colectivo) como pieza clave para caminar hacia un nuevo modelo energético, donde la configuración de trayectos más cortos de transporte de electricidad va a proporcionar mayor seguridad del suministro local de energía<sup>57</sup>. También, desde una perspectiva teórica, la integración de la generación distribuida renovable, al reducir largas distancias de transmisión y mejorar la conectividad, va a contribuir a la reducción de pérdidas energéticas en la transmisión, pues el nivel de éstas depende, entre otras, de la longitud y sección del conductor<sup>58</sup>. Pero la realidad operativa es que en función de los flujos de energía, y especialmente cuando la generación local supera la demanda, las pérdidas de red podrían aumentar. Por ello, se hace necesaria la importación de esquemas regulatorios definidos en otros países europeos acerca de la participación empresas eléctricas en el coste de las pérdidas para el sistema eléctrico<sup>59</sup>; desapareciendo así la exclusiva participación solidaria de los consumidores en estas pérdidas.

Este nuevo modelo descentralizado también será reclamado por las Directivas 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a la eficiencia energética de los edificios<sup>60</sup> y 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, relativa a la eficiencia energética<sup>61</sup>.

Además, como ya hemos subrayado, el autoconsumo emplea tecnologías que, gracias a los avances investigadores acontecidos en los últimos tiempos, han experimentado reducciones muy notables de sus costes. Se evidencia la superación de un

<sup>56</sup> DOUE núm. 140, de 5 de junio de 2009.

<sup>57</sup> Sobre los beneficios que reporta el autoconsumo de electricidad y otras implicaciones de éste en el actual escenario energético, Véase GONZÁLEZ RÍOS, I. “La incipiente regulación del autoconsumo de energía eléctrica: implicaciones energéticas, ambientales y urbanísticas”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núms. 99-100 (2014), pp. 1638-1642; ORTIZ GARCÍA, M., “El marco jurídico de la generación distribuida de energía eléctrica: autoconsumo, redes inteligentes y el derecho al sol”, en F. GARCÍA RUBIO. Y L. MELLADO RUIZ (dirs.), *Eficiencia energética y derecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 235-286; y ORTIZ GARCÍA, M., “El autoconsumo eléctrico”, en R. R. GALÁN VIOQUE, I. GONZÁLEZ RÍOS y F. LÓPEZ RAMÓN (dirs.), *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 267-297.

<sup>58</sup> Véase. FABRA UTRAY, J. (2017), “El marco actual y potencial del sistema eléctrico español para la generación distribuida de electricidad”, en *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, núm. 3584 (2017), p. 21.

<sup>59</sup> Sobre este punto se pronunció la CNMC en el “Informe sobre alternativas de regulación en materia de reducción de pérdidas y tratamiento del fraude en el suministro eléctrico” (PDN/DE/001/2015), de 16 de julio de 2015.

<sup>60</sup> DOUE núm. 153, de 18 de junio de 2010.

<sup>61</sup> DOUE núm. 315, de 14 de noviembre de 2012.

escenario anterior donde los costes medios superaban en más de siete veces el de su alternativa convencional térmica (ciclos combinados de gas natural y centrales de carbón), lo que unido a los positivos retornos sociales, económicos y ambientales que la generación distribuida renovable reporta, aconseja la adopción de una regulación eléctrica más favorable<sup>62</sup>. Así, el autoconsumo colectivo aparece especialmente para dar cobertura a aquellos que no disponen de espacio suficiente para instalar tecnologías renovables para el autoconsumo (ej. paneles solares, pequeñas turbinas eólicas...), lo que reporta importantes beneficios económicos y sociales<sup>63</sup>.

En este orden de cosas, el Tribunal Constitucional, por medio de la Sentencia núm. 68/2017, de 25 de mayo<sup>64</sup>, se ha pronunciado acerca de la prohibición contenida en el artículo 4.3. RD 900/2015.

El Estado español, a través de la Abogacía del Estado, ha tratado de justificar la prohibición contenida en el precepto citado esgrimiendo que se trata de una mera concreción técnica de lo establecido en el artículo 39.3 LSE, el cual dispone que «Todas las instalaciones destinadas a más de un consumidor tendrán la consideración de red de distribución y deberán ser cedidas a la empresa distribuidora de la zona, la cual responderá de la seguridad y calidad de suministro. Dicha infraestructura quedará abierta al uso de terceros». Ello impediría la existencia de una red interior de varios consumidores.

A lo que el tribunal objeta que no tiene cabida considerar estas instalaciones como redes de distribución en la medida en que discurren por la red interior de varios consumidores y, por tanto, deben tener la consideración de «instalaciones de enlace», las cuales serán propiedad de los usuarios receptores que pudieran encontrarse en una misma urbanización o edificio. En otras palabras, no cabría afirmar que las instalaciones destinadas a más de un consumidor sean calificadas como redes de distribución abiertas al acceso de terceros, por lo que carece de sentido prohibir que varios consumidores reciban energía en su red interior procedente de un mismo centro de producción. Así, el TC decide anular el artículo 4.3 RD 900/2015, ya que no existen problemas técnicos que imposibiliten la construcción de un sistema único de energía eléctrica (por ej. un edificio o varios destinados a vivienda o uso comercial que pertenezcan a un mismo propietario) o de un sistema común de energía eléctrica

---

<sup>62</sup> Vid. FABRA UTRAY, J. (2017: 25).

<sup>63</sup> Acerca de los beneficios que supone el autoconsumo compartido, véase LARRAZA LÁZCOZ, A. "Autoconsumo compartido: por qué impulsarlo y cómo", en *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, núm. 3584 (2017), pp. 56-65.

<sup>64</sup> Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional sobre el conflicto positivo de competencias núm. 574-2016 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos del RD 900/2015. BOE núm. 156, de 1 de julio de 2017.

(por ej. en un edificio de viviendas, urbanizaciones o cualquier otro edificio complejo con distintos propietarios y elementos comunitarios).

Asimismo, el TC sostiene que esta prohibición no puede considerarse inmersa en las competencias del Estado, ya que no cabe apreciar que el contenido del 4.3 RD 900/2015, como es la pretensión de la Abogacía del Estado, cumpla con los requisitos materiales de la normativa básica sobre redes de distribución, los cuales están desarrollados ampliamente en la STC 18/2011, de 3 de marzo<sup>65</sup>. Por tanto, en la medida en que las instalaciones que discurren por la red interior de varios consumidores no pueden ser calificadas como redes de distribución, sino como instalaciones de enlace, la competencia para habilitar el autoconsumo colectivo y potenciar su uso en una región se atribuye a las Comunidades Autónomas.

Así pues, la propuesta de RD de acceso y conexión aborda la figura del autoconsumo colectivo y prevé la reforma de varios preceptos del RD 900/2015 a través de su disposición final segunda. Atendiendo, así, una nueva figura que previsiblemente se irá implantando de forma progresiva en nuestro país<sup>66</sup>.

En primer lugar, se define el autoconsumo colectivo, apto para todas las modalidades (tipo 1 y tipo 2), como la conexión de uno o varios generadores a la red interior de más de un consumidor ubicados en la misma referencia catastral (cuya identificación responde a los primeros catorce dígitos). También aparecen otros conceptos que pivotan en torno a la figura del autoconsumo colectivo, como son la demanda horaria individualizada, el autoconsumo horario individualizado y la energía horaria consumida individualizada.

---

<sup>65</sup> Así, la sentencia dispone que, en materia de distribución, le corresponde al Estado “[...] la ordenación básica o primaria de la actividad para, entre otros objetivos, determinar las condiciones de tránsito de la energía eléctrica por dichas redes, establecer la suficiente igualdad entre quienes realizan la actividad en todo el territorio y fijar las condiciones equiparables para todos los usuarios de la energía eléctrica (artículo 39.3 LSE) [...]”; “[...] el establecimiento de los criterios de regulación de distribución de la energía eléctrica atendiendo a zonas eléctricas con características comunes y vinculadas con la configuración de la red de transporte y de ésta con las unidades de producción [...]”; y desarrollar una labor de coordinación “[...] con la que se persigue, en esencia, la integración de la diversidad de las partes del sistema en el conjunto del mismo mediante la adopción por el Estado de medios y sistemas de relación, para asegurar la información recíproca, la homogeneidad técnica en ciertos aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y autonómicas en el ejercicio de sus respectivas competencias, todo ello con el fin de evitar contradicciones o reducir disfunciones que pudieran impedir o dificultar el funcionamiento del sistema [...]”. Por lo que estos requisitos no concurren en el supuesto de las instalaciones de enlace a que se refiere el artículo 4.3 RD 900/2015.

<sup>66</sup> Destacadamente la empresa Holaluz ha logrado la legalización de la primera instalación de autoconsumo compartido o colectivo en España. Se construyó con placas fotovoltaicas en un bloque de viviendas de Rubí, provincia de Barcelona. Véase <http://www.diariorenovables.com/2018/08/holaluz-legaliza-la-primera-instalacion-autoconsumo-compartido-espana.html?m=1>.

Por otro lado, se definen requisitos específicos para sujetos acogidos a la modalidad de tipo 1 y tipo 2 que realicen autoconsumo colectivo, los cuales vienen a completar los generales ya establecidos en el artículo 5 RD 900/2015 para acogerse a una modalidad de autoconsumo. Para esta modalidad se va a exigir de los titulares de instalaciones de producción que, en el marco del procedimiento de conexión y acceso, acrediten la autorización de todos los consumidores titulares de la red interior a la que estén conectados. También se establecerán requisitos específicos de medida para estas instalaciones, las cuales deberán disponer de equipos de medida bidireccional para calcular la energía neta generada y de equipos de medida que registren la energía consumida total por cada consumidor asociado.

Asimismo, se van a establecer los criterios para la determinación de componentes de la facturación de peajes de acceso<sup>67</sup> y de los cargos asociados a los costes del sistema eléctrico<sup>68</sup>, los cuales vienen a completar los ya definidos con carácter general para las categorías de autoconsumo tipo 1 y 2.

#### E. El registro autonómico para autoconsumidores

El TC se pronunció sobre la constitucionalidad de los artículos 19 a 22 RD 900/2015 a través de la ya citada Sentencia núm. 68/2017. Estos preceptos definen un registro administrativo de carácter estatal al que deberán inscribirse (artículo 20), a través de un procedimiento establecido (artículo 21), todos los consumidores acogidos a cualquiera de las modalidades de autoconsumo. También se recogen las reglas para la modificación y cancelación de inscripciones (artículo 22).

Así, el TC, con apoyatura en su propia doctrina (SSTC 243/1994, de 21 de julio<sup>69</sup> y 197/1996, de 28 de noviembre<sup>70</sup>), sostiene que este registro excede el ámbito de competencias del Estado, pues la finalidad del mismo -el control y adecuado seguimiento de los autoconsumidores (artículo 19.3)- presenta carácter ejecutivo y, por tanto, entra en la esfera competencial autonómica.

---

<sup>67</sup> Para la modalidad tipo 1 se aplicarán los siguientes criterios: «i) El control de la potencia contratada por cada consumidor se realizará sobre la potencia de cada uno de los consumidores utilizando a estos efectos el equipo que registra la energía horaria consumida individualizada; ii) Para la determinación del término de facturación de energía activa la energía a considerar será la demanda horaria individualizada; iii) para la determinación, en su caso, del término de facturación energía reactiva se utilizará el equipo que registra la energía horaria consumida individualizada».

Por otro lado, para la facturación de los peajes de acceso de la modalidad tipo 2 se atenderá a los criterios ya definidos con carácter general en el artículo 16.3 RD 900/2015.

<sup>68</sup> Para la determinación de estos cargos de los sujetos que realicen autoconsumo colectivo en una misma referencia catastral, tanto en modalidad tipo 1 como tipo 2, se entenderá que: «i) La aplicación de cargos fijos se realizará sobre la potencia de aplicación de cargos de cada consumidor utilizando a estos efectos el equipo que registra la energía horaria consumida individualizada; ii) La aplicación de cargos variables se realizará sobre la energía horaria consumida individualizada».

<sup>69</sup> BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1994.

<sup>70</sup> BOE núm. 3, de 3 de enero de 1997.

La propuesta de RD de acceso y conexión, adecuándose a esta doctrina del TC, persigue habilitar a las CCAA para crear y gestionar los correspondientes registros territoriales de autoconsumo (artículos 19 a 21). Se mantiene el registro administrativo de autoconsumo de energía eléctrica del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (MINETAD), el cual recibirá información de los registros autonómicos (artículo 19.2.a); debiendo inscribirse en este registro estatal aquellos autoconsumidores localizados en regiones donde no se haya creado registro autonómico (artículo 19.2.b).

Establece la obligación de inscripción de los autoconsumidores en los registros administrativos autonómicos, la cual se llevará a cabo siguiendo los hitos procedimentales definidos por la norma autonómica. Si bien se establecen unos hitos para la inscripción en el registro estatal para aquellos casos en que no exista norma en el territorio donde se realiza autoconsumo. Además, debe existir un intercambio de datos ágil y homogéneo entre CCAA y Estado por vía electrónica (artículo 20).

Por último, las propuestas de inscripción, modificación y cancelación que emitan las CCAA tendrán que ser aceptadas como vinculantes por el Estado. Las CCAA a comunicar a la Dirección General de Política Energética y Minas las altas, bajas y modificaciones que se hayan producido en sus registros. Así como también define un procedimiento para la modificación y cancelación de las inscripciones en el registro estatal en aquellos casos en que una instalación de autoconsumo de electricidad esté ubicada en un territorio en el que no exista registro administrativo de autoconsumo (artículo 22).

Por su parte, el Real Decreto-ley 15/2018 (artículo 18) se va a referir a un registro administrativo de autoconsumo de energía eléctrica del Ministerio para la Transición Ecológica. Disponiendo que las Comunidades Autónomas con competencia en la materia van a poder crear y gestionar sus propios registros territoriales. Ello va a suponer una modificación del contenido del artículo 9 LSE.

## IV. CONCLUSIONES

**Primero.** Las redes de electricidad deben asumir una importante función al servicio de los distintos operadores, en aras de lograr una economía descarbonizada y una mayor electrificación de la sociedad.

Así, el principio de ATR aparece como la piedra angular de la liberalización del sector eléctrico y persigue configurar un derecho universal de acceso de los distintos agentes a las redes de electricidad ajenas, en base a criterios de transparencia y no discriminación. Ello servirá de contrapunto al carácter monopolista que presenta la red, lo que va a favorecer la apertura del mercado eléctrico a nuevos operadores.



**Segundo.** El acceso a las redes tiene que ver con la formación de un mercado eléctrico e implica el análisis de la zona de influencia, y, por tanto, excede del ámbito autonómico. Por este motivo la competencia en materia de resolución de conflictos es estatal. Mientras que la resolución de conflictos de conexión podría entrar en la esfera competencial de las Comunidades Autónomas, al encontrarse la conexión estrechamente relacionada con la seguridad de las instalaciones que se acoplan físicamente a un punto de la red que será objeto de análisis, salvo que la autorización de la infraestructura de red a la que se acopla el solicitante sea de competencia estatal.

En este contexto, el artículo 33.5 LSE, aún no vigente, va a requerir un informe previo vinculante de la CNMC para los casos de resolución de conflictos de conexión de competencia autonómica y cuando verse sobre condiciones económicas y temporales relativas a calendarios de ejecución de las instalaciones de los titulares de redes recogidas en la planificación de la red de transporte y en los planes de inversión de las empresas distribuidoras aprobados por la AGE. Este carácter vinculante ha suscitado cierta polémica en tanto podía suponer una injerencia en competencias ejecutivas autonómicas. Sin embargo, el TC ha interpretado favorablemente el precepto sobre la base del carácter estrictamente estatal que presentan la planificación de las redes y su régimen económico.

Finalmente, el ejecutivo ha incluido este informe vinculante en el artículo 17.3 propuesta RD de acceso y conexión.

**Tercero.** El ejecutivo, a través de la propuesta de reglamento de acceso y conexión, regula un régimen de renovación de derechos de acceso y conexión para atender la inminente caducidad de derechos de instalaciones de generación, anteriores a la entrada en vigor de la LSE de 2013, que tendrá lugar a finales de diciembre de 2018 (prorrogada a 2020). Se persigue así proteger a los operadores de un sector donde la continuidad de las inversiones se ha visto seriamente afectada por la crisis económica. Aunque cabría anotar que la técnica jurídica empleada para la configuración de estas renovaciones no es la más adecuada, pues se trata de una norma de rango inferior a la LSE. Asimismo, también sería deseable una mayor armonía entre la forma de cómputo prevista en la norma estatal para el cálculo de la caducidad de derechos de acceso y conexión y la propia definida en la norma autonómica para la caducidad de los procedimientos de autorización administrativa.

La renovación, por cinco años más, requerirá de la aportación de una garantía económica de mayor cuantía a la aportada en el procedimiento de obtención de derechos de acceso y conexión. En principio, esto debería erradicar los comportamientos especulativos que adoptan algunos agentes, mediante el bloqueo de capacidades, y que les permiten vender el punto de la red en un momento de alta demanda.

**Cuarto.** La propuesta de Real Decreto de acceso y conexión define la figura del Interlocutor Único de Posición (IUP) con la finalidad de optimizar la utilización de las redes de transporte y distribución de electricidad, para aquellos casos en que varias instalaciones se ven obligadas a compartir infraestructuras de evacuación. Ahora el ámbito de actuación del interlocutor se reduce a la posición concreta del nudo al que se conectan las instalaciones de producción, lo que evita que esta figura tenga el control de la totalidad del nudo y pueda adoptar comportamientos abusivos.

Aunque la designación del IUP responde al acuerdo entre las partes, lo que minimiza posibles conflictos de interés, deviene necesaria una figura independiente sin intereses económicos particulares en el nudo con unas funciones y responsabilidades detalladas.

Todo ello es de capital importancia en la medida en que la capacidad de acceso y conexión disponible en las redes constituye un bien colectivo que no puede quebrantarse por actuaciones particulares de los distintos agentes interesados.

**Quinto.** El autoconsumo de electricidad supone un verdadero cambio en el modelo de generación de energía eléctrica que trae consigo la reducción de inversiones en nuevas redes, de pérdidas por el transporte y de emisiones de gases de efecto invernadero. Así, la transición de un modelo centralizado a uno distribuido por todo el territorio necesita de un marco regulatorio estable, que hasta la fecha ha brillado por su ausencia.

Con la propuesta de RD de acceso y conexión se camina hacia la simplificación de requisitos técnicos estableciendo exenciones de la obtención de permisos y un procedimiento abreviado de conexión de instalaciones para determinadas instalaciones.

Destacadamente, la propuesta, tras la anulación del artículo 4.3. RD 900/2015 (STC 68/2017), regula el autoconsumo colectivo para todas las modalidades de autoconsumo ya definidas. Específicamente, se definen requisitos de medida bidireccional y se establecen criterios para la determinación de componentes de la facturación de peajes de acceso y de los cargos asociados a los costes del sistema eléctrico.

También para ajustarse a lo dispuesto en la citada sentencia, el ejecutivo habilita a las Comunidades Autónomas para crear sus propios registros para autoconsumidores, los cuales enviarán información al registro estatal ya existente para lograr una intercambio de datos eficaz y homogéneo entre administraciones.

Sin embargo, no se observa un esquema de acceso y conexión compatible de forma efectiva con el desarrollo de redes de recarga para vehículos eléctricos.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, G., “Empresa pública versus regulación económica”, en G. ARIÑO ORTIZ, I. DEL GUAYO CASTIELLA y J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ (coords.), *Regulación Económica. Lecturas Escogidas*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

-DE LA CRUZ FERRER, J., “El debate sobre el régimen jurídico del tendido de redes de distribución y de su acceso y conexión a otras redes”, en *Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 20 (2004).

- DEL GUAYO CASTIELLA, I., “Energy Law in Spain. Energy Networks”, en M. ROGGENKAMP, C. REDGWELL, A. RØNNE, E I. DEL GUAYO CASTIELLA (eds), *Energy Law In Europe (National, EU and International Regulation)*, Third Edition, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2016.

-DEL GUAYO CASTIELLA, I. “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la resolución de conflictos en el sector energético”, en F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Ed. INAP, Madrid, 2016.

-DIATHESOPOULOS, M. D., “Access to European Energy Networks: The Relation between Third Party Access and Refusal to Deal Concepts”, in *Social Science Research Network* (posted: 02 Jan 2011).

-ESTOA PÉREZ, A., “Acceso a redes de energía eléctrica, resolución de conflictos y evolución normativa en la materia”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 43 (2016).

-FABRA UTRAY, J., “El marco actual y potencial del sistema eléctrico español para la generación distribuida de electricidad”, en *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, núm. 3584 (2017).

-GERARD, H., RIVERO PUENTE, E. I. y SIX, D., “Coordination between transmission and distribution system operators in the electricity sector: A conceptual framework”, en *Utilities Policy*, 2018.

-GONZÁLEZ RÍOS, I., “La incipiente regulación del autoconsumo de energía eléctrica: implicaciones energéticas, ambientales y urbanísticas”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100 (2014).

-HANCHER, L. and WINTERS, M., *The EU Winter Package*, Briefing Paper, Allen & Overy LLP, Amsterdam, 2017.

-KAZIMIERSKI, M. A., “Almacenamiento energético frente al inminente paradigma renovable: el rol de las baterías ion-litio y las perspectivas sudamericanas”, en *Letras Verdes*, núm. 23 (2018).

-LARRAZA LÁZCOZ, A., “Autoconsumo compartido: por qué impulsarlo y cómo”, en *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, núm. 3584 (2017).

-LAVRIJSSEN, S. y KOHLBACHER, T., “EU Electricity Network Codes: Good Governance in a Network of Networks”, en *Tilburg Law and Economics Center (TILEC) Discussion Paper*, núm. 2018-001.

-LEIVA LÓPEZ, A. D., “La regulación del autoconsumo de electricidad en un nuevo entorno social y tecnológico”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 110, tomo 1 (2018a).

-LEIVA LÓPEZ, A. D., «La regulación de la actividad de distribución de energía eléctrica», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51 (2018b)

-MENDOZA LOSANA, A. I., “Régimen retributivo de las instalaciones de energías renovables tras la celebración de las últimas subastas de potencia renovable en España”, en *Análisis jurídicos GA&P* (2017), Gómez-Acebo & Pombo.

-ORTIZ GARCÍA, M., “El autoconsumo de electricidad en España y su (primera) ordenación jurídica. Un avance (lento) hacia el imparable cambio de modelo energético”, en I. REVUELTA PÉREZ (dir.), *La regulación de las energías renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

-ORTIZ GARCÍA, M. “El autoconsumo eléctrico”, en R. R. GALÁN VIOQUE, I. GONZÁLEZ RÍOS y F. LÓPEZ RAMÓN (dirs.), *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

-ORTIZ GARCÍA, M., “El marco jurídico de la generación distribuida de energía eléctrica: autoconsumo, redes inteligentes y el derecho al sol”, en F. GARCÍA RUBIO y I. MELLADO RUIZ (dirs.), *Eficiencia energética y derecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

-TORRES LÓPEZ, M. A., “El derecho de acceso de terceros a las redes de transporte y distribución de electricidad (Comentario a la STJCE, Sala 3ª, de 9 de octubre de 2008, As. C-239/07)”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 312 (2011).

-YEMANE HADUSH, S. y MEEUS, L., “DSO-TSO cooperation issues and solutions for distribution grid congestion management”, en *Energy Policy*, 2018.

# RESEÑA LEGISLATIVA



# RESEÑA LEGISLATIVA

## Disposiciones de la Unión Europea

**Año 2018 (\*)**

### I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

En lo que respecta a los Asuntos Generales de la Unión Europea en estos últimos meses de 2018, se nombran los miembros del comité de selección establecido en el artículo 14, apartado 3, del Reglamento (UE) 2017/1939, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (DOUE L 238, 21.09.2018, p. 92) y se adoptan también las normas de funcionamiento del mencionado comité de selección (DOUE L 282, 12.11.2018, p. 8).

En cuanto a los Asuntos Financieros de la Unión Europea, se decide sobre el reglamento interno de la instancia a que se refiere el artículo 143 del Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo (Presupuesto de la UE) (DOUE L 226, 7.09.2018, p. 7), y se deroga el Reglamento Delegado (UE) n° 1268/2012, sobre las normas de desarrollo del Reglamento (UE, Euratom) n° 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (DOUE L 256, 12.10.2018, p. 67).

En esta materia, se decide la movilización del Fondo de Solidaridad de la Unión Europea para prestar asistencia a Bulgaria, Grecia, Lituania y Polonia (DOUE L 258, 15.10.2018, p. 3) y a Letonia (DOUE L 302I, 28.11.2018, p. 1). Igualmente se decide la movilización del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización en respuesta a una solicitud de los Países Bajos — EGF/2018/001 NL/Servicios financieros (DOUE L 284, 12.11.2018, p. 36) y de Portugal-EGF/2018/002 PT/Norte – Centro – Lisboa wearing apparel (DOUE L 291, 16.11.2018, p. 8).

En relación con los Asuntos Institucionales, y ante las próximas elecciones al Parlamento Europeo en mayo de 2019, se producen diversas decisiones de la Autoridad para los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas. Así se cancelan: el registro de la Alianza de Movimientos Nacionales Europeos (DOUE C 417, 16.11.2018, p. 9), el registro de la Alianza por la Paz y la Libertad (DOUE C 417, 16.11.2018, p. 11) y el registro de Europa Terra Nostra (DOUE C 418, 16.11.2018, p. 4).

---

(\*) Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOUE, series L y C, durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2018.

En relación con el Tribunal de Justicia, se nombra un Abogado General del Tribunal de Justicia (DOUE L 228, 11.09.2018, p. 1), la Comisión adopta una Comunicación sobre Actualización de los datos para calcular las sumas a tanto alzado y las multas coercitivas que propondrá la Comisión al Tribunal de Justicia en los procedimientos de infracción (DOUE C 340, 24.09.2018, p. 2), Se producen Modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General (DOUE L 240, 25.09.2018, p. 67; DOUE L 240, 25.09.2018, p. 68), Modificación de las normas prácticas de desarrollo del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General (DOUE L 294, 21.11.2018, p. 23). El Tribunal de Justicia decide sobre la presentación y notificación de escritos procesales a través de la aplicación e-Curia (DOUE L 293, 20.11.2018, p.36) y el Tribunal General sobre la presentación y notificación de escritos procesales a través de la aplicación e-Curia (DOUE L 240, 25.09.2018, p. 72), así como sobre el Formulario de asistencia jurídica gratuita (DOUE L 306, 30.11.2018, p. 61).

Se nombra a un miembro y un suplente del Comité de las Regiones, propuestos por el Reino de España, como miembro a D. Ernest Maragall y Mira, Consejero de Asuntos Exteriores, Relaciones Institucionales y Transparencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña; como suplente a D<sup>a</sup> Natàlia Mas Guix, Secretaria de Asuntos Exteriores y de la Unión Europea de la Comunidad Autónoma de Cataluña (DOUE L 254, 10.10.2018, p. 7).

Por otra parte, la previsible salida del Reino Unido como Estado miembro de la Unión Europea, ha supuesto el cambio de sede de algunos organismos de esta última, así, se modifican el Reglamento (UE) n° 1093/2010 en lo que respecta a la ubicación de la sede de la Autoridad Bancaria Europea, que de Londres se traslada a París (DOUE L 291, 16.11.2018, p. 1) y el Reglamento (CE) n° 726/2004 en lo que respecta a la ubicación de la sede de la Agencia Europea de Medicamentos, que de Londres se traslada a Ámsterdam (DOUE L 291, 16.11.2018, p. 3).

## II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

En los ámbitos de la Unión aduanera y Libre circulación de mercancías, se adoptan Enmiendas al Convenio aduanero relativo al transporte internacional de mercancías al amparo de los cuadernos TIR (Convenio TIR de 1975) (DOUE L 296, 22.11.2018, p. 1). Se modifica el anexo I del Reglamento (CEE) n° 2658/87 del Consejo relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común (DOUE L 273, 31.10.2018, p. 1) y se adoptan varios reglamentos de ejecución relativos a la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada (DOUE L 232, 17.09.2018, p. 1; DOUE L 252, 8.10.2018, p. 35; DOUE L



257, 15.10.2018, p. 4; DOUE L 257, 15.10.2018, p. 7; DOUE L 293, 20.11.2018, p.5; DOUE L 304, 29.11.2018, p. 3). También 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 L 256, 12.10.2018, p. 58).

En lo que respecta a la Política Comercial, la celebración de Tratados internacionales suele ser un elemento fundamental de la misma, así en estos meses de 2018, se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité de Comercio y Desarrollo Sostenible del CETA creado por el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, con respecto al establecimiento de listas de personas dispuestas a ejercer como miembros de grupos de expertos en el marco de los capítulos Veintitrés y veinticuatro del Acuerdo (DOUE L 245, 1.10.2018, p. 12). Se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur (DOUE L 267, 25.10.2018, p. 1), la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Singapur, por otra (DOUE L 279, 9.11.2018, p. 1) y la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y la República Popular China en relación con el asunto DS492: Unión Europea - Medidas que afectan a concesiones arancelarias relativas a determinados productos de carne de aves de corral (DOUE L 237, 20.09.2018, p. 2).

Igualmente, se establece la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el seno del Comité de Contratación Pública con respecto a la adhesión de Australia al Acuerdo revisado sobre Contratación Pública (DOUE L 257, 15.10.2018, p. 26), se aprueba, en nombre de la Unión Europea, la modificación del apéndice 1 del anexo XIII del Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia, Ecuador y el Perú, por otra (DOUE L 288, 16.11.2018, p. 15).

En esta materia comercial también se modifican: el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1354/2011 en lo que respecta a los contingentes arancelarios de la Unión de carne de ovino y caprino originaria de Noruega y de Nueva Zelanda (DOUE L 231, 14.09.2018, p. 13) y el Reglamento (CE) n° 992/95 del Consejo en lo que respecta a los contingentes arancelarios de la Unión para determinados productos agrícolas, productos agrícolas transformados y productos pesqueros originarios de Noruega (DOUE L 268, 26.10.2018, p. 22).

### III. POLÍTICA AGRÍCOLA

En lo que se refiere a los aspectos de financiación de la Política Agrícola común (PAC), se fijan las restituciones a la exportación en el sector de la carne de aves de corral (DOUE L 239, 24.09.2018, p. 1). Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/220 de la Comisión, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1217/2009 del Consejo por el que se crea una red de información contable agrícola sobre las rentas y la economía de las explotaciones agrícolas en la Unión Europea (DOUE L 294, 21.11.2018, p. 3). Se fijan, para el ejercicio contable de 2019 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 L 247, 3.10.2018, p. 5). 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 L 298, 23.11.2018, p. 34), se adapta para el año civil 2018 el porcentaje de ajuste de los pagos directos de conformidad con el Reglamento (UE) n° 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/866 de la Comisión (DOUE L 286, 14.11.2018, p. 10) y se adopta normativa relativa 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 2018 (PAC) (DOUE L 300, 27.11.2018, p. 4).

Por otra parte, se modifica el Reglamento (CE) n° 889/2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 834/2007 del Consejo sobre producción y etiquetado de los productos ecológicos, con respecto a la producción ecológica, su etiquetado y su control (DOUE L 264, 23.10.2018, p. 1) y se modifica el Reglamento Delegado (UE) n° 639/2014 en lo que atañe a determinadas disposiciones sobre las prácticas de ecologización establecidas por el Reglamento (UE) n° 1307/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 293, 20.11.2018, p. 1).

El Reglamento (CE) n° 396/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo suele ser objeto de cambios y actualizaciones, así se modifican: los anexos II, III y IV del Reglamento (CE) n° 396/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los límites máximos de residuos de abamectina, acibenzolar-S-metilo, clopiralida, emamectina, fenhexamida, fenpirazamina, fluazifop-P, isofetamida, *Pasteuria nishizawae* Pn1, talco E553B y tebuconazol en determinados productos (DOUE L 256, 12.10.2018, p. 8), los anexos III y V del Reglamento (CE) n° 396/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que respecta a los límites máximos de residuos de difenilamina y oxadixilo en determinados productos (DOUE L 256, 12.10.2018, p. 33) y los anexos II y III del Reglamento (CE) n° 396/2005 del Parlamento Europeo y

del Consejo por lo que respecta a los límites máximos de residuos de penoxsulam, triflumizol y triflumurón en determinados productos (DOUE L 256, 12.10.2018, p. 45).

En la regulación por productos, vegetales, cereales, hortícolas, se modifica la Decisión de Ejecución 2014/150/UE relativa a la organización de un experimento temporal en cuyo marco se establecen determinadas exenciones para la comercialización de poblaciones de las especies vegetales trigo, cebada, avena y maíz con arreglo a la Directiva 66/402/CEE del (DOUE L 256, 12.10.2018, p. 65). Se establecen excepciones a los Reglamentos (CE) n° 2305/2003, (CE) n° 969/2006 y (CE) n° 1067/2008, a los Reglamentos de Ejecución (UE) 2015/2081 y (UE) 2017/2200, al Reglamento (CE) n° 1964/2006 y al Reglamento de Ejecución (UE) n° 480/2012 y al Reglamento (CE) n° 1918/2006, en lo que respecta a las fechas para la presentación de solicitudes y la expedición de certificados de importación en 2019 en el marco de los contingentes arancelarios de cereales, arroz y aceite de oliva, y por el que se establecen excepciones al Reglamento de Ejecución (UE) 2016/2080 en lo que respecta al plazo de estudio de las ofertas para la venta de leche desnatada en polvo mediante procedimiento de licitación en el marco del régimen de intervención pública en 2019 (DOUE L 306, 30.11.2018, p. 9).

Se fijan los volúmenes de activación para los años 2019 y 2020 a los efectos de la posible aplicación de derechos de importación adicionales a determinadas frutas y hortalizas (DOUE L 296, 22.11.2018, p. 28), se decide sobre las condiciones para el reconocimiento de los certificados fitosanitarios electrónicos expedidos por las organizaciones nacionales de protección fitosanitaria de terceros (DOUE L 260, 17.10.2018, p. 22) y se modifica la Decisión 2003/17/CE del Consejo en lo que respecta a la equivalencia de las inspecciones sobre el terreno realizadas en la República Federativa de Brasil en cultivos productores de semillas de plantas forrajeras y de cereales, y a la equivalencia de dichas semillas producidas en la República Federativa de Brasil, y por lo que respecta a la equivalencia de las inspecciones realizadas en la República de Moldavia en cultivos productores de semillas de cereales, de hortalizas y de plantas oleaginosas y textiles, y a la equivalencia de dichas semillas producidas en la República de Moldavia (DOUE L 284, 12.11.2018, p. 31).

También se establecen medidas para evitar la introducción y propagación dentro de la Unión de *Aromia bungii* (Faldermann) (DOUE L 254, 10.10.2018, p. 9), se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2015/789, sobre medidas para evitar la introducción y propagación dentro de la Unión de *Xylella fastidiosa* (Wells et al.) (DOUE L 255, 11.10.2018, p. 16) y se decide sobre los mosquitos infectados artificialmente por *Wolbachia* con fines de control de vectores (plagas de los vegetales) (DOUE L 271, 30.10.2018, p. 30).

En cuanto a la ganadería y aves de corral, se modifica el Reglamento (CE) n° 206/2009 en lo que respecta a la información que debe facilitarse en los carteles a los viajeros y al público en general sobre determinadas partidas personales de productos de origen animal (DOUE L 288, 16.11.2018, p. 4). Se modifica el Reglamento (CE) n° 1484/95 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 L 244, 28.09.2018, p. 4; DOUE L 268, 26.10.2018, p. 42; DOUE L 306, 30.11.2018, p. 12).

Se adoptan reglamentos relativos a: la denegación de autorización de la riboflavina (80 %) producida por *Bacillus subtilis* KCCM-10445 como aditivo para alimentación animal perteneciente al grupo funcional «vitaminas, provitaminas y sustancias químicamente definidas de efecto análogo» (DOUE L 237, 20.09.2018, p. 5), a la autorización de *Pediococcus pentosaceus* (DSM 32291) como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 259, 16.10.2018, p. 22), a la autorización de la tintura de comino (*Cuminum cyminum* L.) como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 261, 18.10.2018, p. 16), a la autorización de un preparado de dolomita-magnesita como aditivo en los piensos para todas las especies animales, a excepción de las vacas lecheras y otros rumiantes destinados a la producción de leche, los lechones destetados y los cerdos de engorde (DOUE L 262, 19.10.2018, p. 20), a la autorización de un preparado de endo-1,4-beta-mananasa producida por *Paenibacillus lentus* (DSM 28088) como aditivo en piensos para pollos de engorde, pollitas para puesta y especies menores de aves de corral que no sean aves ponedoras, pavos de engorde, pavos criados para reproducción, lechones destetados, cerdos de engorde y especies porcinas menores (titular de la autorización: Elanco GmbH) (DOUE L 262, 19.10.2018, p. 24), a la renovación de la autorización del ácido benzoico como aditivo en los piensos para lechones destetados y cerdos de engorde y por el que se derogan los Reglamentos (CE) n° 1730/2006 y (CE) n° 1138/2007 (titular de la autorización: DSM Nutritional Products Ltd (DOUE L 260, 17.10.2018, p. 3), a la autorización del preparado de endo-1,3(4)-beta-glucanasa y endo-1,4-beta-xilanasa producidas por *Aspergillus niger* (NRRL 25541) y alfa-amilasa producida por *Aspergillus niger* (ATCC66222) como aditivo en piensos para lechones destetados y especies porcinas menores (destetadas) y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1453/2004 (titular de la autorización: Andrés Pinaluba SA) (DOUE L 262, 19.10.2018, p. 27), y a la autorización de un preparado de esterasa de fumonisina producida por *Komagataella phaffii* (DSM 32159) como aditivo en los piensos para cerdos y todas las especies de aves de corral (DOUE L 262, 19.10.2018, p. 34).

Se corrige el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/249, relativo a la autorización de taurina, beta-alanina, L-alanina, L-arginina, ácido L-aspártico, L-histidina,

D,L-isoleucina, L-leucina, L-fenilalanina, L-prolina, D,L-serina, L-tirosina, L-metionina, L-valina, L-cisteína, glicina, glutamato monosódico y ácido L-glutámico como aditivos para piensos destinados a todas las especies animales y el clorhidrato monohidrato de L-cisteína para todas las especies excepto perros y gatos (DOUE L 262, 19.10.2018, p. 31), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1110/2011, relativo a la autorización de un preparado enzimático de endo-1,4-beta-xilanasas producida por *Trichoderma reesei* (CBS 114044) como aditivo de piensos para gallinas ponedoras, especies menores de aves de corral y cerdos de engorde (titular de la autorización: Roal Oy (DOUE L 262, 19.10.2018, p. 37).

Además se decide la autorización del alginato de sodio como aditivo en piensos para gatos, perros, otros animales no productores de alimentos y peces y del alginato de potasio como aditivo en piensos para gatos y perros (DOUE L 257, 15.10.2018, p. 13), la autorización de un nuevo uso del preparado de *Lactobacillus acidophilus* (CECT 4529) como aditivo en los piensos para gatos y perros (titular de la autorización Centro Sperimentale del Latte (DOUE L 261, 18.10.2018, p. 13).

Se deroga la Decisión 2006/80/CE, por la que se concede a determinados Estados miembros la excepción prevista en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/102/CEE del Consejo, relativa a la identificación y al registro de animales (DOUE L 278, 8.11.2018, p. 28), se imponen condiciones especiales a la importación de determinados alimentos de origen no animal procedentes de determinados terceros países debido a los riesgos de contaminación por residuos de plaguicidas, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 669/2009 y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n° 885/2014 (DOUE L 278, 8.11.2018, p. 7) y se modifica la Decisión 2009/11/CE relativa a la autorización de métodos de clasificación de las canales de cerdo en España (DOUE L 256, 12.10.2018, p. 84). También se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 798/2008 en lo que respecta a las entradas correspondientes a Canadá, Estados Unidos y Rusia en la lista de terceros países, territorios, zonas o compartimentos desde los cuales están permitidos la importación en la Unión o el tránsito por esta de determinadas mercancías de aves de corral, en relación con la influenza aviar de alta patogenicidad (DOUE L 275, 6.11.2018, p. 10).

Se modifican: la Decisión 2007/25/CE, relativa a determinadas medidas de protección frente a la gripe aviar altamente patógena y a los desplazamientos de aves de compañía que llegan con sus propietarios a la Comunidad, en lo que se refiere a su período de aplicación (DOUE L 279, 9.11.2018, p. 36), el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/659 de la Comisión, sobre las condiciones para la entrada en la Unión de équidos vivos y de esperma, óvulos y embriones de équidos (DOUE L 244, 28.09.2018, p. 10), y la lista de enfermedades recogidas en el anexo II del Reglamento (UE) 2016/429 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las enfermedades

transmisibles de los animales y por el que se modifican o derogan algunos actos en materia de sanidad animal («Legislación sobre sanidad animal») (DOUE L 272, 31.10.2018, p. 11).

En lo que se refiere a la leche y productos de la ganadería, se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/2080 en lo que respecta a la fecha de entrada en almacén de la leche desnatada en polvo vendida mediante un procedimiento de licitación (DOUE L 226, 7.09.2018, p. 1; DOUE L 271, 30.10.2018, p. 25). Se modifica el Reglamento (UE) n° 1370/2013 en lo que atañe a la limitación cuantitativa de las compras de intervención de leche desnatada en polvo (DOUE L 261, 18.10.2018, p. 1). Se adopta un reglamento relativo al precio mínimo de venta de la leche desnatada en polvo para la vigésima cuarta licitación parcial en el marco del procedimiento de licitación abierto por el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/2080 (DOUE L 238, 21.09.2018, p. 84) y otro relativo al precio mínimo de venta de la leche desnatada en polvo para la vigésima sexta licitación parcial en el marco del procedimiento de licitación abierto por el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/2080 (DOUE L 262, 19.10.2018, p. 54). Se modifica el Reglamento (CE) n° 2535/2001 en lo que se refiere a los certificados de importación de productos lácteos originarios de Noruega y se establece una excepción a su aplicación (DOUE L 244, 28.09.2018, p. 6), y se fija el coeficiente de depreciación que debe aplicarse al comprar leche desnatada en polvo en régimen de intervención pública en el ejercicio contable de 2019 (DOUE L 255, 11.10.2018, p. 12).

#### IV. POLÍTICA PESQUERA

En el ámbito de la Política de Pesca, suele ser necesaria para la Unión Europea la celebración de Tratados internacionales de pesca, sobre distintos aspectos de la misma. A estos efectos se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo para impedir la pesca no reglamentada en alta mar en el Océano Ártico central (DOUE L 238, 21.09.2018, p. 1).

En cuanto al régimen general de la pesca y flotas pesqueras, se establecen normas sobre el formato y los calendarios para la presentación de informes anuales sobre la recopilación de datos en los sectores de la pesca y la acuicultura (DOUE L 242, 26.09.2018, p. 1).

La protección del medio marino y las cuotas generales de pesca son también objeto de regulación en estos meses, y así se corrige el Reglamento Delegado (UE) 2016/2374 por el que se establece un plan de descartes para determinadas pesquerías demersales en aguas suroccidentales (DOUE L 237, 20.09.2018, p. 3), se añaden a las cuotas de pesca de 2018 determinadas cantidades retenidas en el año 2017 de con-

formidad con el artículo 4, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 847/96 del Consejo (DOUE L 253, 9.10.2018, p. 5), se modifica el Reglamento (UE) 2018/120 en lo que respecta a las posibilidades de pesca de lubina (DOUE L 244I, 28.09.2018, p. 1), se establecen, para 2019, las posibilidades de pesca de determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces en el mar Báltico y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/120 en lo que respecta a determinadas posibilidades de pesca en otras aguas (DOUE L 272, 31.10.2018, p. 1), se prohíbe la pesca de gallineta del Atlántico en la zona NAFO 3M a los buques que enarbolan pabellón de un Estado miembro de la Unión Europea (DOUE L 231, 14.09.2018, p. 169).

Se establece una excepción respecto a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 1967/2006 del Consejo en lo concerniente a la distancia mínima de la costa y la profundidad marina mínima para la pesca con redes de cerco con jareta en aguas territoriales de Croacia (DOUE L 264, 23.10.2018, p. 13) y otra excepción en lo concerniente a la distancia mínima de la costa, a la profundidad marina mínima y a la prohibición de faenar por encima de los hábitats protegidos para la pesca con jábegas en aguas territoriales de Croacia (DOUE L 264, 23.10.2018, p. 16). Se prorroga la excepción al Reglamento (CE) n° 1967/2006 del Consejo en lo relativo a la distancia mínima de la costa y la profundidad de la pesca con jábegas en determinadas aguas territoriales de Francia (Occitania y Provenza-Alpes-Costa Azul) (DOUE L 265, 24.10.2018, p. 9), se prorroga la excepción a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 1967/2006 del Consejo en lo que se refiere a la distancia mínima de la costa y la profundidad marina mínima en el caso de las redes de tiro desde embarcación para la pesca de chanquete (*Aphia minuta*) en determinadas aguas territoriales de Italia (DOUE L 272, 31.10.2018, p. 35).

Y se modifican los anexos I y II de la Decisión 2006/766/CE en lo que respecta a la importación de moluscos bivalvos y productos de la pesca procedentes de Perú y Myanmar/Birmania destinados al consumo humano (DOUE L 263, 22.10.2018, p. 71), y el anexo I de la Decisión 2006/766/CE en lo que respecta a la entrada correspondiente a los Estados Unidos de América en la lista de terceros países y territorios desde los que se autorizan las importaciones de moluscos bivalvos, equinodermos, tunicados y gasterópodos marinos vivos, refrigerados, congelados o transformados destinados a la alimentación (DOUE L 278, 8.11.2018, p. 26).

En lo que se refiere a las limitaciones de pesca a la flota española, se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 185/2013 en lo relativo a deducciones de las cuotas de pesca asignadas a España para 2017 y 2018 (DOUE L 257, 15.10.2018, p. 21) y se prohíbe la pesca de raya mosaico en aguas de la Unión de la zona 8 (DOUE L 298, 23.11.2018, p. 4), de raya mosaico en aguas de la Unión de la zona 9 (DOUE

L 298, 23.11.2018, p. 6) y de carbonero en la zona 6 y en aguas de la Unión y aguas internacionales de las zonas 5b, 12 y 14 (DOUE L 298, 23.11.2018, p. 8).

### 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 adopta una decisión relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DOUE L 224, 5.09.2018, p. 4).

### VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En relación al Derecho de Establecimiento y Libre prestación de Servicios, se establecen requisitos mínimos de ejecución de las disposiciones de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la identificación de los accionistas, la transmisión de información y la facilitación del ejercicio de los derechos de los accionistas (DOUE L 223, 4.09.2018, p. 1), se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2015/35 en relación con el cálculo del capital reglamentario obligatorio para las titulizaciones y las titulizaciones simples, transparentes y normalizadas mantenidas por las empresas de seguros y reaseguros (DOUE L 227, 10.09.2018, p. 1), 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 2018 y el 30 de diciembre de 2018 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 L 285, 13.11.2018, p. 1), y se establecen los formularios para la presentación de información por parte de los prestadores de servicios de paquetería, de conformidad con el Reglamento (UE) 2018/644 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 238, 21.09.2018, p. 65).

También se modifican: el Reglamento Delegado (UE) n° 231/2013 en lo que respecta a las obligaciones de los depositarios en materia de custodia (DOUE L 271, 30.10.2018, p. 1), el Reglamento Delegado (UE) 2016/438 en lo que respecta a las obligaciones de los depositarios en materia de custodia (DOUE L 271, 30.10.2018, p. 6), y el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2452 en lo que se refiere al ámbito de aplicación de la plantilla para la publicación de información sobre primas, siniestralidad y gastos por países (DOUE L 299, 26.11.2018, p. 342).

Se modifica y corrige el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2450, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con las plantillas para la



presentación de información a las autoridades de supervisión de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 299, 26.11.2018, p. 5) y se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado (DOUE L 303, 28.11.2018, p. 69).

## VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

En el ámbito de la Política de Transportes suele ser frecuente la celebración de Tratados internacionales, y así se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, de un Protocolo por el que se enmienda el Convenio sobre el transporte discrecional internacional de los viajeros en autocar y autobús (Convenio Interbus) para hacer extensiva al Reino de Marruecos la posibilidad de adhesión a ese Convenio (DOUE L 222, 3.09.2018, p. 1), y la celebración, en nombre de la Unión, del Acuerdo de cooperación entre la Unión Europea y la Agencia para la Seguridad de la Navegación Aérea en África y Madagascar (ASECNA), relativo al desarrollo de la radionavegación por satélite y a la prestación de servicios conexos en la zona de competencia de la ASECNA en beneficio de la aviación civil (DOUE L 268, 26.10.2018, p. 1). Acuerdo de cooperación entre la Unión Europea y la Agencia para la Seguridad de la Navegación Aérea en África y Madagascar (ASECNA) relativo al desarrollo de la radionavegación por satélite y a la prestación de los servicios conexos en la zona de competencia de la ASECNA en beneficio de la aviación civil (DOUE L 268, 26.10.2018, p. 3).

Se establece la posición que se ha de adoptar, en nombre de la Unión Europea, en la 13ª Asamblea General de la Organización Intergubernamental para los Transportes Internacionales por Ferrocarril (OTIF) sobre determinadas modificaciones del Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF), y de sus apéndices (DOUE L 243, 27.09.2018, p. 11), la posición que se ha de adoptar, en nombre de la Unión Europea, en la Comisión de Expertos Técnicos de la Organización Intergubernamental para los Transportes Internacionales por Ferrocarril (OTIF), por lo que respecta a ciertas modificaciones de las prescripciones técnicas uniformes «Disposiciones generales – Subsistemas» (PTU GEN-B) y de las prescripciones técnicas uniformes «Aplicaciones telemáticas al servicio del transporte de mercancías» (PTU ATF) (DOUE L 306, 30.11.2018, p. 50), la posición que se debe adoptar en nombre de la Unión Europea en relación con las enmiendas a los anexos del Acuerdo Europeo sobre Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Carretera (ADR) y al Reglamento anexo al Acuerdo europeo relativo al trans-

porte internacional de mercancías peligrosas por vías de navegación interior (ADN) (DOUE L 251, 5.10.2018, p. 25).

También se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Grupo de trabajo sobre cuestiones aduaneras relacionadas con el transporte de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE/ONU) y en el Comité de Transportes Interiores de la CEPE/ONU en relación con la adopción del Convenio sobre la facilitación de los procedimientos de cruce de fronteras para los viajeros, el equipaje y el equipaje no acompañado transportados en el tráfico internacional por ferrocarril (DOUE L 268, 26.10.2018, p. 44), la posición que deberá adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité europeo para la elaboración de normas de navegación interior y en la Comisión Central para la Navegación del Rin sobre la adopción de normas europeas referentes a las cualificaciones profesionales en la navegación interior (DOUE L 278, 8.11.2018, p. 20), y la posición que ha de adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Europeo para la Elaboración de Normas de Navegación Interior y en la Comisión Central para la Navegación del Rin sobre la adopción de normas referentes a las prescripciones técnicas aplicables a las embarcaciones de la navegación interior (DOUE L 282, 12.11.2018, p. 13).

En relación a los transportes aéreos, se modifica el Reglamento (CE) n° 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 L 304, 29.11.2018, p. 10).

El transporte ferroviario también es objeto de regulación en estos meses, y así se decide respecto al proyecto transfronterizo «Rail Báltica» del corredor «Mar del Norte-Báltico» de la red básica (DOUE L 287, 15.11.2018, p. 32) y se establecen el procedimiento y los criterios para la aplicación de la prueba de equilibrio económico con arreglo al artículo 11 de la Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 294, 21.11.2018, p. 5).

En cuanto al transporte de mercancías peligrosas se modifican los anexos de la Directiva 2008/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el transporte terrestre de mercancías peligrosas, para adaptarlos al progreso científico y técnico (DOUE L 299, 26.11.2018, p. 58).

## VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

En lo que se refiere a derechos compensatorios y antidumping, se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1371/2013 del Consejo en lo que respecta a la fecha de aplicación de las exenciones concedidas a productores importadores de la

India (DOUE L 286, 14.11.2018, p. 12) y también se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1013, por el que se imponen medidas provisionales de salvaguardia respecto a las importaciones de determinados productos siderúrgicos (DOUE L 286, 14.11.2018, p. 17).

En cuanto a los productos originarios de la República Popular China, se establecen derechos compensatorios definitivos sobre las importaciones de determinados neumáticos, nuevos o recauchutados, de caucho, de un tipo utilizado en autobuses o camiones, con un índice de carga superior a 121, y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1579 de la Comisión, por el que se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinados neumáticos, nuevos o recauchutados, de caucho, de un tipo utilizado en autobuses o camiones, con un índice de carga superior a 121, y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/163 (DOUE L 283, 12.11.2018, p. 1; DOUE L 263, 22.10.2018, p. 3), y se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de mecanismos de palanca (DOUE L 279, 9.11.2018, p. 17).

Además, se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 461/2013 del Consejo, por el que se establece un derecho compensatorio definitivo sobre las importaciones de determinado politereftalato de etileno (PET) originario de la India (DOUE L 246, 2.10.2018, p. 3), se establece un derecho antidumping definitivo a las importaciones de nitrato de amonio originario de Rusia (DOUE L 287, 15.11.2018, p. 3), y se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinados tubos sin soldadura, de hierro o acero, originarios de Rusia y Ucrania, tras una reconsideración por expiración en virtud del artículo 11, apartado 2, del Reglamento (UE) 2016/1036 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 246, 2.10.2018, p. 20).

En lo que se refiere a Ayudas de Estado, se autorizan dos ayudas a España, con respecto a las cuales la Comisión no presenta objeciones (DOUE C 339, 21.09.2018, p. 11; DOUE C 339, 21.09.2018, p. 12) y una a la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOUE C 424, 23.11.2018, p. 1).

## IX. FISCALIDAD

En Política Fiscal, se modifican: los Reglamentos (UE) n° 904/2010 y (UE) 2017/2454 en lo que respecta a las medidas para reforzar la cooperación administrativa en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido (DOUE L 259, 16.10.2018, p. 1), la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, en lo que respecta al período de aplicación del mecanismo opcional de inversión del sujeto pasivo en relación con determinadas entregas de bienes y

prestaciones de servicios susceptibles de fraude, y del mecanismo de reacción rápida contra el fraude en el ámbito del IVA (DOUE L 282, 12.11.2018, p. 5) y la Directiva 2006/112/CE en lo relativo a los tipos del impuesto sobre el valor añadido aplicados a los libros, los periódicos y las revistas (DOUE L 286, 14.11.2018, p. 20). Y se autoriza a España, de conformidad con el artículo 19 de la Directiva 2003/96/CE, a aplicar un tipo impositivo reducido del impuesto especial sobre la electricidad suministrada directamente a los buques atracados en puerto (DOUE L 252, 8.10.2018, p. 40).

### X. POLÍTICA ECONOMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

En relación con el Banco Central Europeo, éste adopta primero una recomendación al Consejo de la Unión Europea sobre el auditor externo del Banco de España (BCE/2018/22) y recomienda que la asociación temporal de empresas Mazars Auditores, S.L.P.-Mazars, SA sea nombrada auditor externo del Banco de España para los ejercicios de 2018 a 2020, con la opción de ampliar el mandato a los ejercicios de 2021 y 2022 (DOUE C 325, 14.09.2018, p. 1) y posteriormente una decisión en el mismo sentido (DOUE L 256, 12.10.2018, p. 63).

También se modifica la Decisión BCE/2007/7 relativa a las condiciones de TARGET2-ECB (BCE/2018/24) (DOUE L 280, 9.11.2018, p. 1) y la Orientación BCE/2012/27 sobre el sistema automatizado transeuropeo de transferencia urgente para la liquidación bruta en tiempo real (TARGET2) (BCE/2018/20) (DOUE L 280, 9.11.2018, p. 40).

Respecto a las medidas económicas en relación con los Estados miembros, el BCE adopta un reglamento sobre el ejercicio de la facultad conferida en el artículo 178, apartado 2, letra d), del Reglamento (UE) n° 575/2013, de definir el umbral de importancia de las obligaciones crediticias en mora (BCE/2018/26) (DOUE L 299, 26.11.2018, p. 55).

Se modifica modifica la Recomendación JERS/2015/2 sobre la determinación de los efectos transfronterizos y la reciprocidad voluntaria de las medidas de política macroprudencial (JERS/2018/5) (DOUE C 338, 21.09.2018, p. 1), y el Consejo adopta recomendaciones, mediante las que emite un dictamen sobre: el Programa de Estabilidad de 2018 de Bélgica (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 1), el Programa de Convergencia de 2018 de Bulgaria (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 7), el Programa de Convergencia de 2018 de Chequia (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 12), el Programa de Convergencia de 2018 de Dinamarca (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 16), el Programa de Estabilidad de 2018 de Alemania (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 19), el Programa

de Estabilidad de 2018 de Estonia (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 24), el Programa de Estabilidad de 2018 de Irlanda (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 27), el Programa de Estabilidad de 2018 de España (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 33), el Programa de Estabilidad de 2018 de Francia (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 39), el Programa de Convergencia de 2018 de Croacia (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 44), el Programa de Estabilidad de 2018 de Italia (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 48), el Programa de Estabilidad de 2018 de Chipre (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 55), el Programa de Estabilidad de 2018 de Letonia (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 60), el Programa de Estabilidad de 2018 de Lituania (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 64), el Programa de Estabilidad de 2018 de Luxemburgo (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 68), el Programa de Convergencia de 2018 de Hungría (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 72), el Programa de Estabilidad de 2018 de Malta (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 76), el Programa de Estabilidad de 2018 de los Países Bajos (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 80), el Programa de Estabilidad de 2018 de Austria (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 84), el Programa de Convergencia de 2018 de Polonia (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 88), el Programa de Estabilidad de 2018 de Portugal (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 92), el Programa de Convergencia de 2018 de Rumanía (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 98), el Programa de Estabilidad de 2018 de Eslovenia (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 103), el Programa de Estabilidad de 2018 de Eslovaquia (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 107), el Programa de Estabilidad de 2018 de Finlandia (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 112), el Programa de Convergencia de 2018 de Suecia (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 116), el Programa de Convergencia de 2018 del Reino Unido (DOUE C 320, 10.09.2018, p. 119).

## 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 se decide sobre la posición que se debe adoptar en nombre de la Unión Europea en el Consejo de Cooperación establecido conforme al Acuerdo de Colaboración y Cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Azerbaiyán, por otra, en lo que respecta a la adopción de las Prioridades de Colaboración entre la UE y Azerbaiyán (DOUE L 260, 17.10.2018, p. 20) y se adopta una recomendación del Consejo de Cooperación UE-Azerbaiyán, sobre las prioridades de colaboración entre la UE y Azerbaiyán [2018/1598] (DOUE L 265, 24.10.2018, p. 18). Se decide también sobre la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto creado por el Acuerdo Marco entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Australia, por otra, por lo que respecta a la adopción del reglamento interno de dicho Comité y

a la adopción del mandato de sus subcomités y grupos de trabajo (DOUE L 286, 14.11.2018, p. 22).

En lo que se refiere a los numerosos Acuerdos de Asociación que ha celebrado la UE, se deciden: la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Comité de Asociación, en su configuración de comercio, creado 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 Georgia, por otra, en lo que respecta a la actualización del anexo III (aproximación), relativo a las normas en materia de normalización, acreditación, evaluación de la conformidad, reglamentación técnica y metrología, y del anexo XVI (contratación pública) del Acuerdo (DOUE L 244, 28.09.2018, p. 81), la posición que deberá adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Subcomité Aduanero instituido por el Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, por lo que respecta a la sustitución del Protocolo I de dicho Acuerdo, relativo a la definición del concepto de «productos originarios» y a los métodos de cooperación administrativa, por un nuevo Protocolo que se refiera al Convenio regional sobre las normas de origen preferenciales paneuromediterráneas (DOUE L 251, 5.10.2018, p. 28) y 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 (DOUE L 298, 23.11.2018, p. 1).

Igualmente se decide la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo de Asociación Voluntaria entre la Unión Europea y la República Socialista de Vietnam sobre la aplicación de las leyes, la gobernanza y el comercio forestales (DOUE L 257, 15.10.2018, p. 1), la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión en el seno del Comité Mixto establecido por el Acuerdo Marco Global de Asociación y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Socialista de Vietnam, por otra, en lo que respecta a la adopción del reglamento interno del Comité Mixto y el establecimiento de subcomités y grupos de trabajo especializados y la adopción de sus mandatos (DOUE L 263, 22.10.2018, p. 61), la posición que deberá adoptarse en nombre de la Unión Europea en el seno del 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, por otra, por lo que respecta a la adopción de una Decisión del Comité AAE, relativo a la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (DOUE L 261, 18.10.2018, p. 19), la posición que deberá adoptarse en nombre de la Unión Europea en el seno del Comité AAE, creado por el Acuerdo interino con miras a un Acuerdo de Asociación Económica entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Parte África Central, por otra, por lo que respecta a la adopción de una Decisión del

Comité AAE con respecto a la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (DOUE L 261, 18.10.2018, p. 23) y la posición que ha de adoptarse en nombre de la Unión Europea en el seno del Comité AAE creado por el Acuerdo de Asociación Económica preliminar entre Ghana, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, en relación con la adopción de la Decisión del Comité AAE relativo a la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (DOUE L 262, 19.10.2018, p. 57).

Se adoptan las prioridades estratégicas UE-Túnez para el período 2018-2020 [2018/1792] (DOUE L 293, 20.11.2018, p. 39) y el Consejo de Asociación UE-Marruecos, recomienda aprobar la prórroga de un año del Plan de Acción UE-Marruecos de ejecución del Estatuto Avanzado (2013-2017) [2018/1783] (DOUE L 292, 19.11.2018, p. 7).

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 en lo que respecta a la modificación del anexo IX (Servicios financieros) del Acuerdo EEE (Ómnibus II) (DOUE L 304, 29.11.2018, p. 29) y se modifican: el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) del Acuerdo EEE [2018/1735] (DOUE L 297, 22.11.2018, p. 1; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 3; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 4; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 5; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 6; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 7; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 1; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 3; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 4), el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) y el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) del Acuerdo EEE [2018/1748] (DOUE L 297, 22.11.2018, p. 17; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 18 ; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 20; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 21; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 22; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 24; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 13; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 15) el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) del Acuerdo EEE [2018/1741] (DOUE L 297, 22.11.2018, p. 9; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 10; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 11; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 12; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 14; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 15; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 16; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 5; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 25; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 26; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 28; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 29; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 30; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 31; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 32; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 33; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 34; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 35; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 38; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 40; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 41; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 17; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 18; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 19; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 21; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 23; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 24; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 25) el anexo VI (Seguridad social) del Acuerdo EEE [2018/1767] (DOUE L 297,

22.11.2018, p. 42; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 43), el anexo IX (Servicios financieros) del Acuerdo EEE [2018/1769] (DOUE L 297, 22.11.2018, p. 44), el anexo XI (Comunicación electrónica, servicios audiovisuales y sociedad de la información) del Acuerdo EEE [2018/1823] (DOUE L 305, 29.11.2018, p. 26), el anexo XIII (Transportes) del Acuerdo EEE [2018/1804] (DOUE L 296, 22.11.2018, p. 37; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 47; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 48; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 49; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 50; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 51; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 27; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 28; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 29; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 30; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 31; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 32), el anexo XVI (Contratos públicos) del Acuerdo EEE [2018/1775] (DOUE L 297, 22.11.2018, p. 52), el anexo XX (Medio ambiente) del Acuerdo EEE [2018/1776] (DOUE L 297, 22.11.2018, p. 53; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 54), el anexo XXI (Estadísticas) del Acuerdo EEE [2018/1778] (DOUE L 297, 22.11.2018, p. 55; DOUE L 297, 22.11.2018, p. 56; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 33; DOUE L 305, 29.11.2018, p. 34).

Respecto a la Cooperación al Desarrollo se aprueban: la gestión del director del Centro Técnico para la Cooperación Agrícola y Rural (CTA) en relación con la ejecución del presupuesto de dicho Centro para los ejercicios 2001, 2002 y 2003 [2018/1525] (DOUE L 256, 12.10.2018, p. 117), la gestión del director del Centro Técnico para la Cooperación Agrícola y Rural (CTA) en relación con la ejecución del presupuesto de dicho Centro para los ejercicios 2004, 2005 y 2006 [2018/1526] (DOUE L 256, 12.10.2018, p. 118) y la gestión del director del Centro Técnico para la Cooperación Agrícola y Rural (CTA) en relación con la ejecución del presupuesto de dicho Centro para los ejercicios de 2007 a 2016 [2018/1527] (DOUE L 256, 12.10.2018, p. 119).

## XII. ENERGÍA

En la Política de Energía, se deroga el Reglamento (UE) nº 256/2014 relativo a la comunicación a la Comisión de los proyectos de inversión en infraestructuras energéticas en la Unión Europea (DOUE L 258, 15.10.2018, p. 1) y se modifica la Directiva 2009/119/CE del Consejo en lo que se refiere a los métodos de cálculo de las obligaciones de almacenamiento (DOUE L 263, 22.10.2018, p. 57).

## XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

En la regulación del Mercado Interior siempre suele haber alguna normativa internacional, así sobre los Reglamentos de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas se decide sobre la aplicación, por parte de la Unión, de los



Reglamentos nº 9, 63 y 92 de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, sobre prescripciones uniformes relativas a la homologación de vehículos de tres ruedas, de ciclomotores y de sistemas silenciadores de escape de recambio para vehículos de la categoría L con respecto a las emisiones sonoras (DOUE L 262, 19.10.2018, p. 55). Se modifica el Reglamento (CE) nº 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la Interpretación 23 del Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera (DOUE L 265, 24.10.2018, p. 3).

Por otra parte se publican los Reglamentos de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE) sobre: Disposiciones uniformes sobre la homologación de los vehículos de turismo en lo relativo a los sistemas de asistencia en el frenado (BAS) [2018/1591] (DOUE L 269, 26.10.2018, p. 1), Disposiciones uniformes sobre la homologación de los vehículos de turismo en lo relativo a los sistemas de control electrónico de la estabilidad (ESC) [2018/1592] (DOUE L 269, 26.10.2018, p. 17), Prescripciones uniformes relativas a la homologación de vehículos en lo que concierne a sus sistemas de control de la presión de los neumáticos (TPMS) [2018/1593] (DOUE L 269, 26.10.2018, p. 36), disposiciones uniformes relativas a la homologación de vehículos de las categorías L2, L4 y L5 por lo que respecta a las emisiones sonoras [2018/1704] (DOUE L 290, 16.11.2018, p. 1), disposiciones uniformes relativas a la homologación de vehículos de la categoría L1 por lo que respecta a las emisiones sonoras [2018/1705] (DOUE L 290, 16.11.2018, p. 28), Disposiciones uniformes para la homologación de los conjuntos de forro de freno, los forros de freno de tambor, los discos y los tambores de repuesto para vehículos de motor y sus remolques [2018/1706] (DOUE L 290, 16.11.2018, p. 54), disposiciones uniformes relativas a la homologación de sistemas silenciadores de escape no originales de recambio (NORESS) para vehículos de las categorías L1, L2, L3, L4 y L5 por lo que respecta a las emisiones sonoras [2018/1707] (DOUE L 290, 16.11.2018, p. 162), Prescripciones uniformes sobre la homologación de los vehículos en lo relativo al aparato indicador de velocidad y al cuentakilómetros, incluida su instalación [2018/1857] (DOUE L 302, 28.11.2018, p. 106) y Disposiciones uniformes relativas a la homologación de vehículos en relación con los requisitos específicos del grupo motopropulsor eléctrico [2018/1858] (DOUE L 302, 28.11.2018, p. 114).

Los aspectos más generales del Mercado Interior son también objeto de regulación, y en este sentido, se adopta un reglamento relativo a la creación de una pasarela digital única de acceso a información, procedimientos y servicios de asistencia y resolución de problemas y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 1024/2012 (DOUE L 295, 21.11.2018, p. 1).

La protección de la salud humana y animal suele siempre originar o modificar normativa existente, y en estos meses se modifica el Reglamento (UE) n° 658/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo al ajuste a la tasa de inflación de los importes de las tasas pagaderas a la Agencia Europea de Medicamentos por la realización de actividades de farmacovigilancia con respecto a los medicamentos de uso humano (DOUE L 244, 28.09.2018, p. 1).

En relación con distintas familias de biocidas, se conceden autorizaciones, así: se concede una autorización de la Unión para la familia de biocidas «Ecolab Iodine PT3 Family» (DOUE L 238, 21.09.2018, p. 3), una autorización de la Unión para la familia de biocidas «Hypred's iodine based products» (DOUE L 238, 21.09.2018, p. 33), una autorización de la Unión para la familia de biocidas «Quat-chem's iodine based products» (DOUE L 240, 25.09.2018, p. 10), una autorización de la Unión para la familia de biocidas «Prodhynet's iodine based products» (DOUE L 240, 25.09.2018, p. 35), una autorización de la Unión para la familia de biocidas «Teat disinfectants biocidal product family of CVAS» (DOUE L 302, 28.11.2018, p. 8).

Se adopta una decisión relativa a los términos y las condiciones de autorización de una familia de biocidas que contiene deltametrina remitidos por Suecia de conformidad con el artículo 36 del Reglamento (UE) n° 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 244, 28.09.2018, p. 109), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 844/2012 en atención a los criterios científicos para la determinación de las propiedades de alteración endocrina introducidos por el Reglamento (UE) 2018/605 (DOUE L 278, 8.11.2018, p. 3), se aprueba la sustancia activa de bajo riesgo *Pasteuria nishizawae*, cepa Pn1, con arreglo al Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios, y se modifica el anexo del Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 de la Comisión (DOUE L 239, 24.09.2018, p. 4), y se retrasa la fecha de expiración de la aprobación del fluoruro de sulfurilo para su uso en biocidas del tipo de producto 8 (DOUE L 249, 4.10.2018, p. 16).

Por otra parte, con arreglo al Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios, y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 de la Comisión, se aprueba el uso de la cifenotrina como sustancia activa existente en biocidas del tipo de producto 18 (DOUE L 241, 26.09.2018, p. 11), se aprueba la sustancia activa fempicoxamida, DOUE (L 238, 21.09.2018, p. 77), se renueva la aprobación de la sustancia activa petoxamida (DOUE L 238, 21.09.2018, p. 71).

El Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011, se modifica en lo que se refiere a la prórroga de los períodos de aprobación de las sustancias activas piridabeno, quinmeraco y fosfuro de cinc (DOUE L 238, 21.09.2018, p. 30), por lo que respecta

a la prórroga de los períodos de aprobación de las sustancias activas 1-metilciclopropeno, beta-ciflutrina, clorotalonil, clorotoluron, clomazona, cipermetrina, daminozida, deltametrina, dimetenamida-p, diurón, fludioxonil, flufenacet, flurtamona, fostiazato, indoxacabo, MCPA, MCPB, prosulfocarb, tiofanato-metil y tribenurón (DOUE L 238, 21.09.2018, p. 62), por lo que respecta a la prórroga de los períodos de aprobación de las sustancias activas 1-decanol, 6-benciladenina, sulfato de aluminio, azadiractina, bupirinato, carboxina, cletodim, cicloxidim, dazomet, diclofop, ditianona, dodina, fenazaquina, fluometurón, flutriafol, hexitiazox, himexazol, ácido indolilbutírico, isoxabeno, sulfuro de calcio, metaldehído, paclobutrazol, pencicurón, sintofeno, tau-fluvalinato y tebufenozida (DOUE L 238, 21.09.2018, p. 81), en lo que respecta a la prórroga de los períodos de aprobación de las sustancias activas amidosulfurón, bifenox, clorpirifos, clorpirifos-metil, clofentecina, dicamba, difenoconazol, diflubenzurón, diflufenicán, dimoxistrobina, fenoxaprop-P, fenpropidina, lenacilo, mancoceb, mecoprop-P, metiram, nicosulfurón, oxamil, picloram, piraclostrobina, piriproxifeno y tritosulfurón (DOUE L 294, 21.11.2018, p. 15), en lo que respecta a las condiciones de aprobación de la sustancia activa malatión (DOUE L 253, 9.10.2018, p. 1).

No se aprueban: la empenetrina como sustancia activa existente para su uso en biocidas del tipo de producto 18 (DOUE L 235, 19.09.2018, p. 24), determinadas sustancias activas en biocidas de conformidad con el Reglamento (UE) n° 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 271, 30.10.2018, p. 26), el alquitrán de pino de las Landas como sustancia básica de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios (DOUE L 243, 27.09.2018, p. 5), la sustancia activa tiram, por el que se prohíben el uso y la venta de semillas tratadas con productos fitosanitarios que la contengan (DOUE L 254, 10.10.2018, p. 1), la sustancia activa pime-trozina, (DOUE L 254, 10.10.2018, p. 4), la sustancia activa dicuat (DOUE L 257, 15.10.2018, p. 10) y no se renueva la aprobación de la sustancia activa propiconazol (DOUE L 304, 29.11.2018, p. 6).

Por otra parte, sí se aprueba el aceite de cebolla como sustancia básica con arreglo al Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios, y se modifica el anexo del Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 de la Comisión (DOUE L 243, 27.09.2018, p. 7) y se deroga la Decisión 2002/623/CE, por la que se establecen unas notas de orientación sobre la evaluación del riesgo para el medio ambiente de los organismos modificados genéticamente (DOUE L 293, 20.11.2018, p. 32).

La protección de la salud alimentaria y la seguridad también suele originar o modificar variada normativa. En este sentido, se deniega la autorización de de-

terminadas declaraciones de propiedades saludables en los alimentos relativas a la reducción del riesgo de enfermedad (DOUE L 261, 18.10.2018, p. 3), se deniega la autorización de determinadas declaraciones de propiedades saludables en los alimentos distintas de las relativas a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños (DOUE L 261, 18.10.2018, p. 6).

El anexo II del Reglamento (CE) n° 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y el anexo del Reglamento (UE) n° 231/2012 de la Comisión son modificados, por lo que respecta al uso de la hidroxipropilcelulosa de baja sustitución (L-HPC) en complementos (DOUE L 245, 1.10.2018, p. 1), en lo que se refiere al aditivo E 120 (cochinilla, ácido carmínico, carmines) (DOUE L 247, 3.10.2018, p. 1), en lo relativo a la categoría de alimentos 17 y la utilización de aditivos alimentarios en complementos alimenticios (DOUE L 253, 9.10.2018, p. 36), los anexos II y III en lo que se refiere al galato de octilo (E 311) y al galato de dodecilo (E 312) (DOUE L 251, 5.10.2018, p. 13), en lo relativo a las especificaciones para determinados ésteres de sorbitano (E 491, monoestearato de sorbitano, E 492, triestearato de sorbitano y E 495, monopalmitato de sorbitano) (DOUE L 245, 1.10.2018, p. 6).

El anexo I del Reglamento (CE) n° 1334/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo se modifica en lo que se refiere a la inclusión de un destilado piroleñoso en la lista de aromas de la Unión (DOUE L 235, 19.09.2018, p. 3), en lo que se refiere a la cafeína y la teobromina (DOUE L 251, 5.10.2018, p. 19), en lo relativo a la retirada de diversas sustancias aromatizantes de la lista de la Unión (DOUE L 275, 6.11.2018, p. 7), y se modifica el Reglamento (UE) n° 873/2012, sobre medidas transitorias respecto a la lista de la Unión de aromas y materiales de base que figura en el anexo I del Reglamento (CE) n° 1334/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, ampliando la medida transitoria del artículo 4 al aroma «concentrado (vegetal) de aroma de barbacoa» n° FL 21.002 (DOUE L 238, 21.09.2018, p. 28).

Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2470 en lo que se refiere a las condiciones de uso del nuevo alimento lactitol (DOUE L 243, 27.09.2018, p. 2), con arreglo al Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo y modificando el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2470 de la Comisión, se autoriza la comercialización de extracto de arándano rojo en polvo como nuevo alimento (DOUE L 272, 31.10.2018, p. 17), se autoriza la comercialización de aislado de proteínas de suero básico de leche de vaca como nuevo alimento (DOUE L 272, 31.10.2018, p. 23), se autoriza la comercialización de concentrado de péptidos de camarones refinado como nuevo alimento (DOUE L 272, 31.10.2018, p. 29), se autoriza la comercialización del hidrolizado de membrana de huevo como nuevo alimento (DOUE L 274, 5.11.2018, p. 51) y se autoriza la comercialización de xilooligosacáridos como nuevo alimento (DOUE L 275, 6.11.2018, p. 1).

En cuanto al etiquetado y la presentación de los productos, se modifica, a efectos de su adaptación al progreso técnico y científico, el Reglamento (CE) n° 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, y se corrige el Reglamento (UE) 2017/776 de la Comisión (DOUE L 251, 5.10.2018, p. 1), y se modifica el Reglamento (CE) n° 110/2008 en lo que respecta a las cantidades nominales para la comercialización en la Unión de shochu de destilación única producido en alambique y embotellado en Japón (DOUE L 284, 12.11.2018, p. 1).

El sector de los obstáculos técnicos a los intercambios suele ser objeto de regulación o de modificación normativa, y así, se establecen especificaciones para los registros de vehículos contemplados en el artículo 47 de la Directiva (UE) 2016/797 del Parlamento Europeo y del Consejo y se modifica y deroga la Decisión 2007/756/CE de la Comisión (DOUE L 268, 26.10.2018, p. 53), se modifican la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Congreso, el Reglamento (CE) n° 692/2008 de la Comisión y el Reglamento (UE) 2017/1151 de la Comisión a fin de mejorar los ensayos y los procedimientos de homologación de tipo en lo concerniente a las emisiones aplicables a turismos y vehículos comerciales ligeros, en particular los que se refieren a la conformidad en circulación y a las emisiones en condiciones reales de conducción, y por el que se introducen dispositivos para la monitorización del consumo de combustible y energía eléctrica (DOUE L 301, 27.11.2018, p. 1), y se decide sobre el reconocimiento del régimen voluntario «Better Biomass» para demostrar el cumplimiento de los criterios de sostenibilidad de conformidad con las Directivas 98/70/CE y 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 302, 28.11.2018, p. 73).

Igualmente la seguridad de los productos también suele ser objeto de modificación o regulación, y en esta materia, se modifica, por lo que respecta a determinadas sustancias clasificadas como carcinógenas, mutágenas y tóxicas para la reproducción (CMR), de categoría 1A o 1B, el anexo XVII del Reglamento (CE) n° 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y mezclas químicas (REACH) (DOUE L 256, 12.10.2018, p. 19).

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 modifica el anexo V del Reglamento (CE) n° 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los productos cosméticos (DOUE L 300, 27.11.2018, p. 1). Se adopta un reglamento relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea (DOUE L 303, 28.11.2018, p. 59), se completa el Reglamento (UE) n° 909/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta

a las normas técnicas de regulación relativas a la disciplina de liquidación (DOUE L 230, 13.09.2018, p. 1), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1368, por el que se establece una lista de los índices de referencia cruciales utilizados en los mercados financieros, de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 261, 18.10.2018, p. 10).

Se completa el Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre los procedimientos y las características de la función de vigilancia (DOUE L 274, 5.11.2018, p. 1), en lo que respecta a las normas técnicas de regulación destinadas a especificar la manera de garantizar que los datos de cálculo sean adecuados y verificables, así como los procedimientos internos de vigilancia y verificación de los contribuidores de cuyo establecimiento deberán asegurarse los administradores de índices de referencia cruciales o significativos cuando los datos de cálculo los aporte una función operativa (DOUE L 274, 5.11.2018, p.6), en lo que respecta a las normas técnicas de regulación destinadas a especificar los elementos del código de conducta que deben elaborar los administradores de índices de referencia que se basan en datos de cálculo aportados por contribuidores (DOUE L 274, 5.11.2018, p.11), en lo que respecta a las normas técnicas de regulación destinadas a especificar los requisitos de gobernanza y de control aplicables a los contribuidores supervisados (DOUE L 274, 5.11.2018, p.16), en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican la información que han de facilitar los administradores de índices de referencia cruciales o significativos sobre la metodología utilizada para determinar el índice, la revisión interna y aprobación de la metodología y los procedimientos para realizar cambios sustanciales en ella (DOUE L 274, 5.11.2018, p.21), en lo que respecta a las normas técnicas de regulación por las que se precisan los criterios que las autoridades competentes han de tener en cuenta al evaluar si los administradores de índices de referencia significativos deben aplicar determinados requisitos (DOUE L 274, 5.11.2018, p.25), en lo que respecta a las normas técnicas de regulación destinadas a especificar el contenido de la declaración sobre el índice de referencia que debe publicar el administrador de un índice de referencia, y los casos en que se requieren actualizaciones (DOUE L 274, 5.11.2018, p.29), en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que determinan el contenido mínimo de los convenios de cooperación con las autoridades competentes de terceros países cuyos marcos jurídicos y prácticas de supervisión hayan sido reconocidos como equivalentes (DOUE L 274, 5.11.2018, p.33), en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la forma y el contenido de la solicitud de reconocimiento ante la autoridad competente del Estado miembro de referencia y de la información presentada en la notificación a la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) (DOUE L 274, 5.11.2018, p.36) y en lo

que respecta a las normas técnicas de regulación sobre la información que se ha de facilitar en la solicitud de autorización y en la solicitud de inscripción registral (DOUE L 274, 5.11.2018, p. 43).

La Autoridad Europea de Valores y Mercados, decide que se renueva y modifica la restricción temporal de la Decisión (UE) 2018/796 sobre la comercialización, distribución o venta de contratos por diferencias a clientes minoristas (DOUE L 272, 31.10.2018, p. 62) y que se renueva y modifica la prohibición temporal de la Decisión (UE) 2018/795 sobre la comercialización, distribución o venta de opciones binarias a clientes minoristas (DOUE L 245, 1.10.2018, p. 17).

Se modifican: el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2197, por el que se establecen normas técnicas de ejecución con respecto a las divisas estrechamente correlacionadas con arreglo al Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 263, 22.10.2018, p. 53), el Reglamento Delegado (UE) 2015/61 de la Comisión, por el que se completa el Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe al requisito de cobertura de liquidez aplicable a las entidades de crédito (DOUE L 271, 30.10.2018, p. 10) el Reglamento de Ejecución (UE) nº 680/2014 en lo que respecta a la valoración prudente a efectos de la comunicación de información con fines de supervisión (DOUE L 281, 9.11.2018, p. 1).

Se establecen normas técnicas de ejecución en relación con los procedimientos, modelos de formularios y plantillas para la notificación de información a efectos de los planes de resolución para las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, de conformidad con la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1066 de la Comisión (DOUE L 277, 7.11.2018, p. 1). También se establece un modelo de declaración de accesibilidad de conformidad con la Directiva (UE) 2016/2102 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público (DOUE L 256, 12.10.2018, p. 103), se establecen una metodología de seguimiento y las disposiciones para la presentación de informes por parte de los Estados miembros de conformidad con la Directiva (UE) 2016/2102 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público (DOUE L 256, 12.10.2018, p. 108) y se decide sobre la armonización del espectro radioeléctrico para su uso por dispositivos de corto alcance en las bandas de frecuencias de 874-876 y 915-921 MHz (DOUE L 257, 15.10.2018, p. 57).

#### XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

En lo que se refiere a la Política Regional y Coordinación de los Instrumentos Estructurales, se modifican: el Reglamento (UE) 2017/825 con el fin de incrementar la dotación financiera del programa de apoyo a las reformas estructurales y adaptar su objetivo general (DOUE L 284, 12.11.2018, p. 3), el Reglamento (UE) n° 1303/2013 en lo relativo a los recursos destinados a la cohesión económica, social y territorial y los recursos para el objetivo de inversión en crecimiento y empleo (DOUE L 291, 16.11.2018, p. 5), la Decisión de Ejecución 2014/190/UE en lo que se refiere al desglose anual de los recursos de la asignación específica para la Iniciativa sobre Empleo Juvenil por Estado miembro (DOUE L 300, 27.11.2018, p. 7) y se decide sobre las contribuciones financieras que deberán pagar los Estados miembros para financiar el Fondo Europeo de Desarrollo, incluido el tercer tramo de 2018 (DOUE L 275, 6.11.2018, p. 14) y sobre las contribuciones financieras que deben ingresar los Estados miembros para financiar el Fondo Europeo de Desarrollo, incluidos el límite máximo de 2020, el importe anual de 2019, el primer tramo de 2019 y una previsión indicativa y no vinculante de los importes anuales de la contribución para los años 2021 y 2022 (DOUE L 286, 14.11.2018, p. 30).

#### XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

En la Política Medioambiental suele ser frecuente la celebración de tratados internacionales, y la aplicación de normativa internacional. En este sentido, se decide la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el seno del Comité Mixto establecido por el Acuerdo entre la Unión Europea y la Confederación Suiza relativo a la vinculación de sus regímenes de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en relación con la adopción de su reglamento interno (DOUE L 239, 24.09.2018, p. 8), la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el 73.º período de sesiones del Comité de Protección del Medio Marino y en el 100.º período de sesiones del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Marítima Internacional sobre la adopción de enmiendas a la regla 14 del anexo VI del Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques y al Código internacional del programa mejorado de inspecciones durante los reconocimientos de graneleros y petroleros de 2011 (DOUE L 267, 25.10.2018, p. 6), y la posición que se ha de tomar en nombre de la Unión Europea en la segunda reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Minamata sobre el Mercurio con respecto a la adopción de las directrices sobre el almacenamiento provisional ambientalmente racional de mercurio, distinto del mercurio de desecho, a las que se



hace referencia en el artículo 10, apartados 2 y 3, de dicho Convenio (DOUE L 288, 16.11.2018, p. 7).

En relación con los residuos, se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2016/2323 para actualizar la lista europea de instalaciones de reciclado de buques establecida con arreglo al Reglamento (UE) n° 1257/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 249, 4.10.2018, p. 6).

En lo que se refiere a emisión de gases y calidad del aire ambiente, se establece un formato común para los programas nacionales de control de la contaminación atmosférica en el marco de la Directiva (UE) 2016/2284 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la reducción de las emisiones nacionales de determinados contaminantes atmosféricos (DOUE L 256, 12.10.2018, p. 87). Se decide sobre las emisiones de gases de efecto invernadero contempladas en la Decisión n° 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo correspondientes a cada Estado miembro en 2016 (DOUE L 302, 28.11.2018, p. 75) y sobre la aprobación de la tecnología utilizada en alternadores eficientes de 12 V destinados a vehículos comerciales ligeros equipados con motores de combustión convencionales como tecnología innovadora para la reducción de las emisiones de CO<sub>2</sub> de los vehículos comerciales ligeros, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 510/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 306, 30.11.2018, p. 53).

En cuanto al diseño y etiquetado de productos, se modifican las Decisiones 2012/481/UE, 2014/391/UE, 2014/763/UE y 2014/893/UE en lo que respecta al período de validez de los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a determinados productos, así como de los correspondientes requisitos de evaluación y verificación (DOUE L 264, 23.10.2018, p. 24) y se establecen los criterios de la etiqueta ecológica de la UE para lubricantes (DOUE L 285, 13.11.2018, p. 82).

## XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN CULTURA Y DEPORTE, POLÍTICA DE LA JUVENTUD

En la Política de Información la regulación de las estadísticas sigue siendo un tema central, y así, se adopta un reglamento relativo a las condiciones uniformes para la transmisión de las series temporales para el nuevo desglose regional en virtud del Reglamento (CE) n° 1059/2003 (DOUE L 279, 9.11.2018, p. 33), se especifican las características técnicas del módulo ad hoc de 2020 sobre accidentes de trabajo y otros problemas de salud relacionados con el trabajo en relación con la encuesta muestral sobre la población activa con arreglo al Reglamento (CE) n° 577/98 del Consejo (DOUE L 286, 14.11.2018, p. 3), se establecen disposiciones de aplicación

del Reglamento (CE) nº 808/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a estadísticas comunitarias de la sociedad de la información, para el año de referencia 2019 (DOUE L 296, 22.11.2018, p. 2).

También se adopta un reglamento relativo al establecimiento de una medida estadística directa temporal para la difusión de temas seleccionados del censo de población y vivienda de 2021 geocodificados en una malla de 1 DOUE L 296, 22.11.2018, p. 19), otro sobre los datos que deben facilitarse para 2020 de conformidad con el Reglamento (UE) 2018/1091 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las estadísticas integradas sobre explotaciones agrícolas y por el que se derogan los Reglamentos (CE) nº 1166/2008 y (UE) nº 1337/2011, en lo que respecta a la lista de variables y su descripción (DOUE L 306, 30.11.2018, p. 14) y se conceden excepciones a la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Italiana y la República de Chipre en materia de suministro de estadísticas con arreglo al Reglamento (UE) nº 2016/1952 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 288, 16.11.2018, p. 19).

En la Política de Cultura, se modifica la Decisión de Ejecución 2013/776/UE, por la que se crea la Agencia Ejecutiva en el ámbito Educativo, Audiovisual y Cultural (DOUE L 286, 14.11.2018, p. 33). Se establece el marco jurídico del Cuerpo Europeo de Solidaridad y se modifican el Reglamento (UE) nº 1288/2013, el Reglamento (UE) nº 1293/2013 y la Decisión nº 1313/2013/UE (DOUE L 250, 4.10.2018, p. 1).

## XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO Y ESPACIO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

En Política Científica suele ser frecuente la celebración y renovación de Tratados internacionales, y así se decide la renovación del Acuerdo sobre cooperación científica y tecnológica entre la Comunidad Europea y el Gobierno de los Estados Unidos de América (DOUE L 263, 22.10.2018, p. 1).

Se adopta un reglamento relativo al Programa de Investigación y Formación de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (2019-2020) que complementa Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación, y por el que se deroga el Reglamento (Euratom) nº 1314/2013 (DOUE L 262, 19.10.2018, p. 1) y se crea el Sistema Europeo de Observación de Placas-Consortio de Infraestructuras de Investigación Europeas (EPOS ERIC) (DOUE L 288, 16.11.2018, p. 10), así como también se crea la Empresa Común de Informática de Alto Rendimiento Europea (DOUE L 252, 8.10.2018, p. 1).

En la Política de Protección Intelectual e Industrial se inscribe una denominación en el registro de denominaciones de origen protegidas y de indicaciones geográficas protegidas [«Morcilla de Burgos» (IGP)] (DOUE L 224, 5.09.2018, p. 3), se aprueba una modificación del expediente técnico de una indicación geográfica de bebida espirituosa registrada en el anexo III del Reglamento (CE) n° 110/2008 que supone la modificación de sus especificaciones principales [«Ron de Guatemala» (IG)] (DOUE L 294, 21.11.2018, p. 1), 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 [«Mahón-Menorca» (DOP)] (DOUE L 302, 28.11.2018, p. 7).

## XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

## XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En lo que atañe a la Ciudadanía de la Unión y Protección de Derechos Fundamentales se modifica el anexo III del Reglamento (UE) n° 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la iniciativa ciudadana (DOUE L 234, 18.09.2018, p. 1). En este sentido se adoptan cuatro decisiones relativas a varias iniciativas ciudadanas, así la propuesta titulada «End the Cage Age» (DOUE L 227, 10.09.2018, p. 7), sobre la propuesta de iniciativa ciudadana: «Eat ORIGINAL! Unmask your food» (DOUE L 244, 28.09.2018, p. 107), sobre la propuesta de iniciativa ciudadana titulada «ATAJEN EL FRAUDE y el abuso de los FONDOS DE LA UE gracias a un mejor control de las decisiones, aplicaciones y sanciones» (DOUE L 246, 2.10.2018, p. 46) y sobre la propuesta de iniciativa ciudadana titulada «Etiquetado obligatorio de los alimentos como no vegetarianos/vegetarianos/veganos» (DOUE L 285, 13.11.2018, p. 80).

El Consejo de Estabilización y Asociación UE-Serbia, decide sobre la participación de Serbia en calidad de observadora en los trabajos de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y las modalidades de esta participación, en el marco del Reglamento (CE) n° 168/2007 del Consejo [2018/1228] (DOUE L 229, 12.09.2018, p. 9) y se adopta un reglamento relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 45/2001 y la Decisión n° 1247/2002/CE (DOUE L 295, 21.11.2018, p. 39).

## XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

En lo que se refiere a la regulación internacional de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), se decide sobre una acción de la Unión Europea para apoyar el Mecanismo de Verificación e Inspección de las Naciones Unidas en Yemen (DOUE L 235, 19.09.2018, p. 14).

En relación con el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) se nombra al representante especial de la Unión Europea para el proceso de paz en Oriente Próximo (DOUE L 235, 19.09.2018, p. 9).

En cuanto a los ámbitos más generales de la Política Exterior y de Seguridad Común se produce una recomendación del Consejo, relativa a las etapas del cumplimiento de los compromisos más vinculantes asumidos en el marco de la cooperación estructurada permanente y a la especificación de objetivos más precisos (DOUE C 374, 16.10.2018, p. 1), 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 L 294, 21.11.2018, p. 18), y se modifica la Decisión (PESC) 2016/2382 por la que se crea la Escuela Europea de Seguridad y Defensa (EESD) (DOUE L 276, 7.11.2018, p. 9).

También es una constante en la PESC la colaboración de la Unión Europea con la Organización de Naciones Unidas en la aplicación de distintas Resoluciones del Consejo de Seguridad, y lleva a la adopción de determinadas medidas restrictivas, tanto contra Estados como respecto de diversas entidades, personas y grupos terroristas. En cuanto a Estados, se modifican y adoptan determinadas medidas restrictivas, así se modifica el Reglamento (CE) nº 1210/2003 del Consejo relativo a determinadas restricciones específicas aplicables a las relaciones económicas y financieras con Irak (DOUE L 226, 7.09.2018, p. 3; DOUE L 240, 25.09.2018, p. 8; DOUE L 244, 28.09.2018, p. 79; DOUE L 249, 4.10.2018, p. 1; DOUE L 251, 5.10.2018, p. 22; DOUE L 278, 8.11.2018, p. 16; DOUE L 292, 19.11.2018, p. 2), se aplica el Reglamento (UE) nº 269/2014 relativo a la adopción de medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania (DOUE L 231, 14.09.2018, p. 1; DOUE L 231, 14.09.2018, p. 27), se adoptan de medidas restrictivas contra la República Popular Democrática de Corea (DOUE L 231, 14.09.2018, p. 11; DOUE L 231, 14.09.2018, p. 37; DOUE L 240, 25.09.2018, p. 61; DOUE L 268, 26.10.2018, p. 20; DOUE L 268, 26.10.2018, p. 51; DOUE L 276, 7.11.2018, p. 3; DOUE L 276, 7.11.2018, p. 12), medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Libia (DOUE L 235, 19.09.2018, p. 1; DOUE L 235, 19.09.2018, p. 21; DOUE L 240, 25.09.2018, p. 4; DOUE L 240, 25.09.2018, p. 63; DOUE L 245, 1.10.2018, p. 16; DOUE L 304, 29.11.2018, p. 1; DOUE L 304, 29.11.2018, p. 32), contra la República de Guinea (DOUE L 268, 26.10.2018, p. 16;

DOUE L 268, 26.10.2018, p. 47), medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Burundi (DOUE L 268, 26.10.2018, p. 18; DOUE L 268, 26.10.2018, p. 49), habida cuenta de la situación en Venezuela (DOUE L 276, 7.11.2018, p. 1; DOUE L 276, 7.11.2018, p. 10).

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 siguen modificando e imponiendo medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con las organizaciones EEIL (Daesh) y Al-Qaida. Así se aplica el Reglamento (UE) 2016/1686 por el que se imponen medidas restrictivas adicionales dirigidas contra el EIIL (Daesh) y Al Qaida, así como contra personas físicas o jurídicas, entidades u organismos asociados con los mismos (DOUE L 257I, 15.10.2018, p. 1), se modifica la Decisión (PESC) 2016/1693 por la que se adoptan medidas restrictivas contra el EIIL (Daesh) y Al-Qaida y personas, grupos, empresas y entidades asociadas con los mismos (DOUE L 257I, 15.10.2018, p. 3) y se continúa modificando el Reglamento (CE) nº 881/2002 del Consejo por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con las organizaciones EIIL (Daesh) y Al-Qaida (DOUE L 252I, 8.10.2018, p. 1; DOUE L 261I, 18.10.2018, p. 1; DOUE L 296I, 22.11.2018, p. 1). También se modifica la Decisión 2010/573/PESC relativa a la adopción de medidas restrictivas contra los dirigentes de la región de Transnistria de la República de Moldavia (DOUE L 268, 26.10.2018, p. 46).

En cuanto a las Misiones de la UE, se modifica la Decisión 2012/392/PESC sobre la Misión PCSD de la Unión Europea en Níger (EUCAP Sahel Níger) (DOUE L 235, 19.09.2018, p. 7), se modifica la Decisión (PESC) 2017/1869 sobre la Misión asesora de la Unión Europea en apoyo de la reforma del sector de la seguridad en Irak (EUAM Irak) (DOUE L 259, 16.10.2018, p. 31), se modifica la Decisión (PESC) 2017/1425 relativa a una acción de estabilización de la Unión Europea en Mopti y Ségou (DOUE L 259, 16.10.2018, p. 34), se modifica y prorroga la Decisión 2010/96/PESC relativa a una misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas de seguridad somalíes (DOUE L 293, 20.11.2018, p. 9).

También se nombra al comandante de la fuerza de la misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas armadas de Mali (EUTM Mali) (EUTM Mali/2/2018) (DOUE L 293, 20.11.2018, p.34) y se prorroga el mandato del jefe de misión de la Misión Asesora de la Unión Europea para la Reforma del Sector de la Seguridad Civil en Ucrania (EUAM Ucrania) (EUAM Ucrania/1/2018) (DOUE L 278, 8.11.2018, p. 18).

Respecto a las Operaciones Militares de la UE se decide el nombramiento del Comandante de la Fuerza de la UE para la operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (operación EUNAVFOR MED SOPHIA) y por la que se deroga la Decisión (PESC) 2017/2432 (EUNAVFOR MED/1/2018) (DOUE L 226, 7.09.2018, p. 5).

Y finalmente, en cuanto al Control y reducción de armamentos, se adopta un reglamento relativo a la adopción de medidas restrictivas contra la proliferación y el uso de las armas químicas (DOUE L 259, 16.10.2018, p. 12) y tres decisiones, la primera relativa a la adopción de medidas restrictivas contra la proliferación y el uso de armas químicas (DOUE L 259, 16.10.2018, p. 25), la segunda de apoyo al Centro de Referencia de Europa Sudoriental y Oriental para el Control de Armas Pequeñas y Ligeras (SEESAC) para la aplicación de la hoja de ruta regional en la lucha contra el tráfico ilícito de armas en los Balcanes Occidentales (DOUE L 293, 20.11.2018, p.11) y la tercera 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 (DOUE L 293, 20.11.2018, p. 24).

### 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 decide: la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea, por una parte, y el Reino de Noruega, la República de Islandia, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein, por otra, sobre la participación de estos Estados en la Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (DOUE L 260, 17.10.2018, p. 1), la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República Federativa de Brasil que modifica el Acuerdo entre la Unión Europea y la República Federativa de Brasil sobre exención de visados para estancias de corta duración para titulares de pasaportes diplomáticos, de servicio u oficiales (DOUE L 306, 30.11.2018, p. 1), y la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República Federativa de Brasil que modifica el Acuerdo entre la Unión Europea y la República Federativa de Brasil sobre exención de visados para estancias de corta duración para titulares de pasaportes ordinarios (DOUE L 306, 30.11.2018, p. 4).

En los ámbitos más generales de esta Política, se adopta un reglamento relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu-LISA), y por el que se modifican el Reglamento (CE) nº 1987/2006 y la Decisión

2007/533/JAI del Consejo y se deroga el Reglamento (UE) n° 1077/2011 (DOUE L 295, 21.11.2018, p. 99), y otro sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) y por la que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo (DOUE L 295, 21.11.2018, p. 138).

En materia de Visados, se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DOUE L 303, 28.11.2018, p. 39).

En relación con el convenio y el espacio de Schengen, se decide la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo sobre el Estatuto entre la Unión Europea y la antigua República Yugoslava de Macedonia en lo que respecta a las acciones llevadas a cabo por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas en la antigua República Yugoslava de Macedonia (DOUE L 257, 15.10.2018, p. 23), y se decide sobre la solicitud del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen en lo que se refiere a la Agencia de la Unión Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (eu-LISA) (DOUE L 267, 25.10.2018, p. 3).

En lo que respecta a la regulación de la libre circulación, del asilo, fronteras y los flujos migratorios, se modifica el Reglamento Delegado (UE) n° 1042/2014 por el que se completa el Reglamento (UE) n° 514/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se refiere a la designación y a las responsabilidades en materia de gestión y control de las autoridades responsables y al estatuto y a las obligaciones de las autoridades de auditoría (DOUE L 241, 26.09.2018, p. 1), se establece un Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV) y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 1077/2011, (UE) n° 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 y (UE) 2017/2226 (DOUE L 236, 19.09.2018, p. 1), se modifica el Reglamento (UE) 2016/794 con objeto de establecer el Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV) (DOUE L 236, 19.09.2018, p. 72). Se establecen las especificaciones de la conexión de los puntos de acceso central al Sistema de Entradas y Salidas (SES) y de una solución técnica para facilitar la recopilación de datos por parte de los Estados miembros a fin de generar estadísticas sobre el acceso a los datos del SES con fines policiales (DOUE L 259, 16.10.2018, p. 35), se establecen medidas para la elaboración de la lista de personas identificadas como personas que han sobrepasado el período de estancia autorizada en el Sistema de Entradas y Salidas (SES) y el procedimiento para ponerla a disposición de los Estados miembros (DOUE L 259, 16.10.2018, p. 39) y se completa el Reglamento (UE) n° 515/2014 por lo que respecta a la asignación de financiación adicional con cargo

al presupuesto de la UE para la aplicación del Sistema de Entradas y Salidas (DOUE L 288, 16.11.2018, p. 1).

En los ámbitos referidos a la justicia, se adopta un reglamento sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso (DOUE L 303, 28.11.2018, p. 1).

Por último, en la lucha contra la delincuencia, se decide la aplicación de medidas de control con respecto a las nuevas sustancias psicotrópicas N-fenil-N-[1-(2-feniletil)piperidina-4-il]ciclopropanocarboxamida (ciclopropilfentanilo) y 2-metoxi-N-fenil-N-[1-(2-feniletil)piperidina-4-il]acetamida (metoxiacetilfentanilo) (DOUE L 245, 1.10.2018, p. 9), se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2016/1675 por el que se completa la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la adición de Pakistán al cuadro que figura en el punto I del anexo (DOUE L 246, 2.10.2018, p. 1), se adopta un reglamento relativo a los controles de la entrada o salida de efectivo de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1889/2005 (DOUE L 284, 12.11.2018, p. 6) y una directiva relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal (DOUE L 284, 12.11.2018, p. 22).



# Disposiciones Generales de la Junta de Andalucía<sup>1</sup>

**Decreto 161/2018, de 28 de agosto, de defensa de la vivienda del parque público residencial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por el que se modifica el Decreto 149/2006, de 25 de julio, el Reglamento de Viviendas Protegidas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por dicho decreto, y el Reglamento Regulator de los Registros Públicos Municipales de Demandantes de Vivienda Protegida, aprobado por Decreto 1/2012, de 10 enero [BOJA núm. 72, de 5 de septiembre]**

La modificación en la normativa de referencia operada por este Decreto establece que solo podrán ser beneficiarias de viviendas protegidas las personas físicas y que ninguna persona jurídica podrá ser usuaria de vivienda protegida, salvo en el caso de entidades sin ánimo de lucro que pueden ser arrendatarias de viviendas protegidas cuyas usuarias finales sean personas físicas con especiales dificultades para el acceso a la vivienda.

Se recoge también la posibilidad de ejercer el derecho de tanteo y de retracto respecto de todas las viviendas protegidas, sin tener en cuenta su sujeción a un determinado plan de vivienda; se eleva del 25 al 50 por ciento el porcentaje de pleno dominio sobre otra vivienda que impide el acceso a este tipo de viviendas, al considerar que la titularidad de una cuota inferior a dicho 50 por ciento no resulta suficiente para satisfacer la necesidad de vivienda, y se modifica la forma de cálculo del valor máximo de dicha cuota, para referirla al precio máximo por metro cuadrado de superficie útil; se refuerza la obligación expresa de que la vivienda protegida deba ser ocupada por persona autorizada; se regula la posibilidad de ejercer una actividad económica en la vivienda, sin que por ello pierda su carácter de residencia habitual y permanente, aunque limitando y concretando los supuestos permitidos; se especifica en qué supuestos procede el visado de los contratos de compraventa o arrendamiento de viviendas protegidas y cuándo comunicaciones o autorizaciones previas a la formalización de dichos contratos; y se actualiza la regulación de la percepción por las personas promotoras de cantidades a cuenta del precio de las viviendas.

Por otra parte, se establece que las permutas y los cambios entre viviendas protegidas en arrendamiento, titularidad de una misma persona promotora, no se consideran adjudicaciones a realizar por los Registros Públicos Municipales de Demandantes de Vivienda Protegida.

---

<sup>1</sup> 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 septiembre a noviembre de 2018.

Finalmente, se modifica el Reglamento Regulator de Registros Públicos Municipales de Demandantes de Vivienda Protegida, aprobado por el Decreto 1/2012, de 10 de enero, respecto a la selección de miembros de cooperativas de viviendas protegidas.

**Decreto 164/2018, de 18 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Comisiones Provinciales de Valoraciones [BOJA núm. 185, de 24 de septiembre]**

La Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, creó las Comisiones Provinciales de Valoraciones, definiéndolas como órganos desconcentrados de ámbito provincial de la Junta de Andalucía especializados en materia de expropiación forzosa.

La disposición adicional tercera de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, en sus apartados 3 y 5, dispone que reglamentariamente se determinarán la organización y el funcionamiento de dichas Comisiones, así como la forma de designación de los miembros que las componen, lo que se llevó a cabo mediante el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Comisiones Provinciales de Valoraciones, aprobado por Decreto 85/2004, de 2 de marzo. Ahora se modifica con la intención de evitar las frecuentes dilaciones en la determinación del justiprecio con la consecuencia gravosa de la generación de sobrecostes, en forma de intereses de demora por no determinar el justiprecio dentro del plazo establecido para ello.

**Decreto 165/2018, de 18 de septiembre, por el que se regulan las condiciones sanitarias de la carne de caza en Andalucía con destino a consumo humano [BOJA núm. 185, de 24 de septiembre]**

Esta norma tiene por objetivo determinar los requisitos para descartar la presencia de triquinas en piezas de caza mayor con destino a autoconsumo de manera que tengan unas garantías equivalentes con el resto de carne de caza que se consume procedente de un establecimiento de manipulación de caza, objeto de regulación comunitaria.

Este Decreto establece una serie de requisitos tanto a los locales de reconocimiento de caza, como a un lugar denominado juntas de carnes, para las que se ha considerado que deben reunir unas condiciones mínimas de higiene para el manejo de piezas de caza, solo en aquellas actividades cinegéticas donde sea preceptivo un primer examen, con el fin de reducir los peligros de contaminación de dichas piezas, estando así justificados los requisitos exigidos.

En este Decreto se define una nueva figura como es la persona cazadora formada, tal y como se contempla en los reglamentos comunitarios vigentes en materia de higiene, que podrán realizar el primer examen en ciertas actividades cinegéticas,

que por el número de piezas y su destino justifica que una persona formada realice el primer examen.

**Decreto 175/2018, de 18 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía [BOJA núm. 186, de 25 de septiembre]**

Los artículos 5 y 6 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, dispusieron la integración en una única entidad de los recursos económicos, personales y materiales dedicados a la ejecución de infraestructuras viarias y ferroviarias, antes diferenciados en Ferrocarriles de la Junta de Andalucía y en «Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A.». Esta entidad es la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía, a la que se calificó como agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

El Consejo de Gobierno aprobó los Estatutos de la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía, mediante el Decreto 94/2011, de 19 de abril.

La nueva regulación modifica aspectos de organización, relacionados con el ejercicio de potestades públicas y su tramitación, bien mediante la adscripción funcional de personal funcionario de la Consejería competente en materia de obra pública a la Agencia, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 69.3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, o bien en los términos previstos en la disposición adicional quinta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero.

**Decreto 187/2018, de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Comunicación, Autorización y Acreditación Administrativas en el ámbito de los Servicios Sociales de Andalucía, y del Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales [BOJA núm. 200, de 16 de octubre]**

La Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, establece en su artículo 83 los supuestos en los que servicios y centros de servicios sociales precisan de autorización administrativa, justificando el sometimiento a dicho régimen en función de las prestaciones que desarrollan, algunas ligadas a la salud pública, así como a razones imperiosas de interés general, como son la seguridad y la protección de las personas usuarias de los servicios y centros respecto de los cuales es exigible la autorización administrativa.

También se recoge en el artículo 84, la obligatoriedad de las entidades que pretendan concertar plazas o servicios con la Administración de Servicios Sociales de contar con la correspondiente acreditación administrativa, en los términos que reglamentariamente se determinen.

**El Decreto 87/1996, de 20 de febrero, por el que se regula la autorización, registro y acreditación de los Servicios Sociales de Andalucía, ha constituido, hasta la aprobación del Decreto, la norma básica de rango reglamentario reguladora de las autorizaciones, acreditaciones y del registro de entidades, servicios y centros de Servicios Sociales en Andalucía.**

De otro lado, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en sus artículos 14 y 16, establece que las entidades, servicios y centros, concertados o no, que atiendan a personas en situación de dependencia, incluidas las que perciban una prestación económica vinculada al servicio, han de contar con la acreditación de la Comunidad Autónoma correspondiente. También el artículo 23 determina que las entidades o empresas prestadoras del Servicio de Ayuda a Domicilio deben estar acreditadas para esa función. Finalmente, en el artículo 11 se dispone que compete a cada Comunidad Autónoma facilitar la debida acreditación que garantice el cumplimiento de los requisitos y los estándares de calidad.

Es necesario adaptar este marco normativo a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado. La primera no se aplica a de su ámbito de aplicación, recoge a los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a la infancia y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas, provistos directamente por las Administraciones Públicas o por prestadores privados en la medida en que dichos servicios se presten en virtud de acuerdo, concierto o convenio con la referida Administración, pero sí al resto de servicios, según su tipología y carácter, o modo de prestación, no excluidos de forma expresa. La segunda regula la instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad, estableciendo que las autoridades han de ponderar la opción entre la comunicación, la declaración responsable o la autorización, en función del interés general a proteger, siendo ésta última la más limitadora y por ello debiendo fundamentarse su exigencia en una serie de causas tasadas, entre las que se encuentran las contempladas en el artículo 83 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, es decir, la salud pública y la salvaguarda de razones imperiosas de interés general, como son la seguridad y protección de las personas usuarias.

Para ello, se acoge un nuevo modelo basado en criterios de agilidad, simplicidad, mayor eficacia y eliminación de obstáculos a las actividades de prestación de servicios sociales.

El Reglamento consta de 47 artículos agrupados en seis capítulos. El Capítulo I contiene las «Disposiciones generales»; el Capítulo II regula la «Comunicación

administrativa», el Capítulo III los supuestos de «Autorización administrativa»; el Capítulo IV los de «Acreditación administrativa»; el Capítulo V las «Disposiciones comunes» al régimen de comunicaciones, autorizaciones y acreditaciones administrativas; el Capítulo VI el «Registro de entidades, centros y servicios sociales», complementados con ocho disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

**Ley 10/2018, de 9 de octubre, Audiovisual de Andalucía [BOJA núm. 200, de 16 de octubre]**

La única Ley aprobada en este período es la largamente anunciada Ley Audiovisual de Andalucía. Su gestación tiene origen en una Proposición no de Ley aprobada por el Parlamento en 2012, en que se instaba al Consejo de Gobierno a impulsar su redacción. A finales de 2013 se constituyó una Mesa de Ordenación e Impulso del Sector Audiovisual en Andalucía cuyos trabajos finalizaron a mediados de 2014 con unos documentos de bases. Han tenido que pasar cuatro años para que por fin la Ley vea la luz.

Como es sabido, el artículo 149.1.27 de la Constitución establece que corresponde al Estado la competencia exclusiva para dictar las normas básicas del régimen de la radio y la televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas. La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, llevó a cabo esta regulación básica, en materia de contenidos, a partir de las determinaciones de la Directiva 2007/65/CE, de servicios de comunicación audiovisual. Esta norma dejó un cierto margen a las Comunidades Autónomas para la regulación de lo que podríamos llamar aspectos “prestaciones” u “organizativos” de los servicios públicos de comunicación de ámbito autonómico o infraautonómico, mientras que, en materia de contenidos, condicionada como ya estaba por la regulación comunitaria, la regulación básica adquirió mayor complejidad.

Por su parte, la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene competencias para el desarrollo legislativo y de ejecución sobre los medios de comunicación social en el marco de la legislación básica del Estado, según el artículo 69 del Estatuto de Autonomía, y competencia exclusiva sobre la publicidad en general y sobre publicidad institucional sin perjuicio de la legislación del Estado, conforme al artículo 70. Otras determinaciones estatutarias relevantes son la previsión de la prestación por gestión directa de la radiotelevisión autonómica de Andalucía, regulada por la Ley 18/2007, de 17 de diciembre, y la existencia de un Consejo Audiovisual de Andalucía, ordenado por la Ley 1/2004, de 17 de diciembre.

Pues bien, puede decirse que la Ley que comentamos extrae mucho jugo al tramo competencial restante. Se trata de una extensa Ley, de 82 artículos, que prevé algunas reseñables innovaciones.

El Título Preliminar establece las disposiciones generales

El Título I se refiere a los derechos de la ciudadanía en relación con los servicios de comunicación audiovisual, incluidos los derechos de los menores y discapacitados (se prevé al respecto un 100% de subtulado, tanto para los públicos como para los privados autonómicos y 15 horas diarias de lengua de signos; y 75% y 8 horas, respectivamente, para los locales). Se contempla también el Consejo de Participación Audiovisual de Andalucía, que deberá crearse por Decreto del Consejo de Gobierno en un plazo máximo de 18 meses desde la aprobación de la Ley, y que tiene carácter participativo, consultivo y asesor de la Administración de la Junta de Andalucía, adscrito al Consejo Audiovisual de Andalucía.

El Título II se dedica a la Administración audiovisual en Andalucía. Atribuye el otorgamiento de licencias y concesiones al Consejo de Gobierno (y no al Consejo Audiovisual, que hubiera sido otra opción, a semejanza de lo que ocurre en Cataluña). Crea el Registro de personas prestadoras de servicios de comunicación audiovisual, de carácter público y naturaleza administrativa, cuya información será de acceso público para cualquier persona a través del Portal de Transparencia de la Junta de Andalucía. Contempla también la formulación de un Plan Estratégico Audiovisual de Andalucía. Se dispone que en su ámbito habrá que contemplar, en la medida de las posibilidades, un reparto equilibrado de las licencias a otorgar por el Consejo de Gobierno a prestadores privados comerciales, en función de la demanda de las mismas, y para entidades de economía social, que serán en este caso adjudicadas mediante un procedimiento adaptado. En el marco del Plan Estratégico la Administración de la Junta de Andalucía formulará el Plan bienal de Ordenación e Impulso del Sector Audiovisual Andaluz, que incluyen ayudas a la financiación, establecimiento de incentivos, formación e investigación, promoción en el exterior y fomento de las creaciones de calidad. Se prevén también medidas de preservación del patrimonio audiovisual de Andalucía, así como la utilización de sistemas de medición de audiencias que contemplen los medios autonómicos y locales, incluyendo la creación de un Observatorio Público de Audiencias de Andalucía, que se regulará en el mismo Decreto por el que se cree el Consejo de Participación Audiovisual de Andalucía. Además, se establecen toda una serie de medidas de fomento respecto del cine andaluz.

El Título III establece los derechos y las obligaciones de las personas prestadoras del servicio de comunicación audiovisual. Entre las obligaciones de los prestadores privados comerciales podríamos destacar la emisión de un número de horas

de programación de contenido específico de su ámbito territorial de cobertura de al menos 15 horas de contenidos informativos de emisión semanal en la franja horaria de 8:00 a 23:00, o disponer de un estudio de producción operativo con personal a cargo de la emisora y ubicado en el ámbito territorial de cobertura. Respecto de los prestadores sin ánimo de lucro, se prevén entre sus obligaciones específicas el fomento de la participación ciudadana y la vertebración del tejido asociativo, asignando espacios dentro de la programación a asociaciones sin ánimo de lucro de la localidad, disponer de un estudio de producción operativo ubicado en el ámbito territorial de cobertura que pueda ser utilizado por las asociaciones y grupos sociales que aporten contenidos a la programación o no incluir contenidos orientados al adoctrinamiento o la orientación ideológica o religiosa de carácter excluyente, dogmática, coactiva, intimidatoria, manipuladora, o contrarios a los derechos fundamentales.

El Título IV se dedica al régimen jurídico de las comunicaciones comerciales audiovisuales. Destaca la prohibición a los anunciantes de realizar comunicaciones comerciales con prestadores que no dispongan de título habilitante o que no hayan cumplido con el deber de comunicación previa, y la posibilidad de que los prestadores, anunciantes y agencias de publicidad suscriban convenios con el Consejo Audiovisual de Andalucía para que ejerza funciones arbitrales o de mediación en la solución de los conflictos generados por la aplicación de códigos de conducta.

El Título V se dedica a los servicios de comunicación audiovisual, e incluye la previsión de la gestión directa del servicio público, en el que incluye, junto al autonómico y local, a las universidades públicas andaluzas (en cuyo caso el control corresponde a su Consejo social) y a centros docentes públicos no universitarios, y debe encaminarse a la emisión en abierto de canales temáticos educativos y de divulgación cultural. Regula también el servicio de comunicación audiovisual sin ánimo de lucro, sometido a licencia otorgada mediante concurso. En ninguno de estos casos podrán emitir comunicaciones comerciales (Pues lo prohíbe la Ley General de la Comunicación Audiovisual), pero sí recibir contribuciones como expresión de la responsabilidad social corporativa de las entidades donantes. Y, finalmente, el servicio privado de carácter comercial.

El Título VI se dedica a la inspección y el régimen sancionador. La competencia sancionadora se reparte entre la persona titular del órgano directivo de la Consejería de la Junta de Andalucía competente en materia de medios audiovisuales (aspectos técnicos y prestacionales), salvo cuando la sanción aparejada sea la revocación definitiva de la habilitación para emitir por infracción muy grave, en que corresponde al Consejo de Gobierno; y el Consejo Audiovisual de Andalucía (contenidos).

Las disposiciones adicionales regulan, entre otros, la creación de los sistemas de medición de audiencias, el procedimiento de concurso para los servicios de comuni-

cación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro o los criterios de valoración en la adjudicación de concesiones y licencias para la prestación del servicio de comunicación audiovisual público o privado de carácter comercial.

**Decreto-ley 3/2018, de 30 de octubre, por el que se aprueba el programa de colaboración financiera específica con las entidades locales para actuaciones extraordinarias en infraestructuras e instalaciones destinadas a la prestación de servicios esenciales y básicos de la competencia municipal en Andalucía dañadas por las situaciones de emergencias y catástrofes públicas ocasionadas por los fenómenos meteorológicos adversos sufridos en diversas zonas de las provincias de Málaga y Sevilla desde el 20 al 22 de octubre 2018 [BOJA núm. 212, de 2 de noviembre]**

Se trata de una norma extraordinaria por la que se trata de dar respuesta a los efectos de las grandes precipitaciones registradas entre los días del 20 al 22, fundamentalmente durante el día 21, del mes de octubre en zonas localizadas de las provincias de Málaga y de Sevilla. Las consecuentes inundaciones han provocado la necesidad de abandonar sus viviendas a un gran número de familias que han visto, en unos de los momentos más duros que se recuerdan en la zona, como construcciones, terrenos y demás bienes de todo tipo fueron devastados. En particular, trata de paliar las pérdidas que se ocasionaron en las infraestructuras destinadas a la prestación de los servicios locales de interés público y al ejercicio de las competencias municipales.

**Decreto-ley 4/2018, de 30 de octubre, por el que se declaran de interés general las obras de reparación de los caminos rurales en los casos de fenómenos meteorológicos adversos, desastres naturales y otras catástrofes acaecidas en la Comunidad Autónoma de Andalucía [BOJA núm. 212, de 2 de noviembre]**

En línea con el Decreto-Ley anteriormente reseñado, y referido en este caso a los daños provocados por las lluvias de octubre en la zona sur de Sevilla y varias comarcas de Almería, Málaga, Jaén y Granada en bienes, tanto públicos como privados, este Decreto-ley se encamina a paliar los daños sufridos por los caminos y demás infraestructuras rurales, que dejan sin posibilidad de acceso a determinadas explotaciones agrícolas y ganaderas y a posibilitar la restauración inmediata de dichos accesos se presenta como indispensable para su subsistencia.



**Decreto 205/2018, de 13 de noviembre, por el que se regula la solución de los litigios deportivos en la Comunidad Autónoma de Andalucía [BOJA núm. 228, de 26 de noviembre]**

La Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía, modificada por el Decreto-ley 2/2017, de 12 de septiembre, dedica su Título IX a la Solución de Litigios Deportivos. En él se contempla y se desarrolla en este Decreto, entre otros, los procedimientos relativos a la potestad sancionadora deportiva, a la potestad disciplinaria deportiva, en los ámbitos disciplinario y competicional, el arbitraje y la mediación en materia deportiva, la resolución de los recursos administrativos contra actos de las federaciones deportivas andaluzas dictados en el ejercicio de funciones públicas delegadas, el control de legalidad de los procesos electorales de las federaciones deportivas andaluzas y el procedimiento disciplinario contra los actos dictados por las personas directivas de estas federaciones deportivas.

Asimismo, se establece el marco normativo aplicable a la Inspección de Deporte, institución que va a adquirir un papel esencial en torno a muchos de los procedimientos que ahora se recogen para la solución de los conflictos que se puedan dar en el ámbito del deporte en Andalucía, y se regula el Tribunal Administrativo del Deporte de Andalucía, siendo éste el aspecto más relevante de este Decreto, como órgano administrativo colegiado de decisión, asesoramiento y de control, dentro del marco de la solución de los conflictos deportivos, que estará adscrito orgánicamente a la Secretaría General para el Deporte.

Se trata de un extenso Decreto. Consta de 105 artículos, estructurados en cinco títulos, dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, dos disposiciones finales y nueve anexos. El Título Preliminar contempla el ámbito y objeto del Decreto; el Título I se dedica a la regulación del régimen sancionador y disciplinario en materia deportiva; el Título II se denomina «El arbitraje y la mediación en los litigios deportivos», y en él se regulan por primera vez para el ámbito deportivo en la Comunidad Autónoma de Andalucía, estos procedimientos; el Título III desarrolla la Inspección de Deporte; el Título IV regula el Tribunal previsto en el artículo 19 de la Ley 5/2016, de 19 de julio, y en el Capítulo VII del Título IX de la Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía (que tiene su antecedente en el Comité Andaluz de Disciplina Deportiva, aunque ampliando sus competencias tanto cuantitativa como cualitativamente).

**Decreto 210/2018, de 20 de noviembre, por el que se regula el procedimiento de actuación ante situaciones de riesgo y desamparo de la infancia y adolescencia en Andalucía (SIMIA) [BOJA de 23 de noviembre, núm. 227]**

Esta norma establece las pautas de actuación ante posibles situaciones de riesgo, desprotección o desamparo, con el fin de proteger a los menores de estas situaciones y prevenir daños irreversibles en su desarrollo. De este modo, se regula un procedimiento de actuación unificado, que implica a la totalidad de profesionales que trabajan con la infancia y adolescencia, tanto desde servicios públicos como privados. Este procedimiento supone la utilización de un lenguaje común con el que se intenta facilitar el entendimiento y la colaboración, permitiendo agilizar las actuaciones y conseguir niveles de acuerdo necesarios para la adecuada toma de decisiones. Además, la recogida sistemática de información pretende permitir el seguimiento de los casos y la aproximación a la dimensión social de este fenómeno, sus principales manifestaciones, características, incidencia y distribución territorial, disponiendo de datos que ayuden en la planificación de medidas.

Se pone especial atención en los fenómenos de la trata de menores, de exposición de menores a violencia de género, y de menores con discapacidad.

**Decreto 211/2018, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por el Decreto 10/2003, de 28 de enero [BOJA núm. 230, de 28 de noviembre]**

La Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía atribuye a los órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la facultad de establecer los requisitos y condiciones reglamentarias de admisión de las personas en los establecimientos públicos dedicados a la celebración de espectáculos públicos o al desarrollo de actividades recreativas. De conformidad con lo establecido en la citada ley, se podrán establecer por los titulares de los citados establecimientos públicos condiciones objetivas de admisión, que en ningún caso podrán ser contrarias a los derechos reconocidos en la Constitución Española, suponer un trato discriminatorio o arbitrario para las personas usuarias o colocarlas en situaciones de inferioridad, indefensión o agravio comparativo con otras personas asistentes o espectadoras. Para garantizar el cumplimiento de tales principios, exige que estas condiciones específicas establecidas por los titulares de los establecimientos públicos estén sujetas a la intervención de la Administración competente, esto es, al medio de intervención que determine el municipio.

Por Decreto 10/2003, de 28 de enero, se aprobó el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, al objeto de desarrollar este aspecto de la ley.

El reglamento, no obstante las revisiones a las que se ha sometido, mantiene en la actualidad procedimientos de autorización de condiciones específicas de admisión en los establecimientos públicos dedicados a la celebración de espectáculos públicos o al desarrollo de actividades recreativas y de venta comisionada o reventa de entradas o localidades, que han de ser revisados para culminar su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, a la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y a la Ley 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas.

En este sentido es preciso eliminar, por una parte, el régimen de autorización de las condiciones específicas de admisión permitidas en la norma, que se habrán de someter al medio de intervención administrativa que determine el municipio, y por otra, introducir al efecto la declaración responsable ante la correspondiente Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía para proceder a la venta comisionada o reventa de entradas o localidades, que por razones justificadas de interés general de protección de las personas consumidoras, orden público y lucha contra el fraude, es el medio de intervención administrativa adecuado, frente a la comunicación o libre acceso. Se suprime, a su vez, la limitación aplicable al precio de venta de las entradas o localidades destinadas a la venta comisionada o reventa, ya que la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, tal y como dictamina el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, no ampara este control de precios.

Por otra parte, se posibilita que las personas titulares de establecimientos públicos u organizadoras de espectáculos públicos o actividades recreativas puedan permitir, puntualmente, el acceso y permanencia de personas de edad inferior a dieciséis años, acompañadas de una persona legalmente responsable de las mismas o persona mayor de edad expresamente autorizada por aquélla, en establecimientos especiales de hostelería con música y establecimientos de esparcimiento, en los que habitualmente están prohibidas su entrada y permanencia, cuando en los mismos se celebren actuaciones en directo, siempre que, sin perjuicio del cumplimiento de otros requisitos, esté debidamente publicitada tal circunstancia por la persona titular del establecimiento público u organizadora del espectáculo público o actividad recreativa.

Asimismo, se aborda una nueva regulación en materia de acceso y permanencia de personas de edad inferior a tres años en establecimientos de espectáculos públicos y actividades recreativas, introduciendo la exigencia de la constante presencia, durante la estancia de la persona menor de edad en el establecimiento, de una persona legalmente responsable de la misma o de cualquier otra persona mayor de edad expresamente autorizada por aquélla, que no sea personal del propio establecimiento.

# **OTRAS DISPOSICIONES DE INTERÉS PARA LA COMUNIDAD AUTÓNOMA<sup>1</sup>**

## **PRESIDENCIA**

Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía (BOJA 199, de 15 de octubre).

Ley 9/2018, de 8 de octubre, de modificación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía (BOJA 199, de 15 de octubre).

## **CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA, ADMINISTRACIÓN LOCAL Y MEMORIA DEMOCRÁTICA**

Orden de 30 de agosto de 2018, por la que se establece la política de la seguridad de las tecnologías de la información y telecomunicaciones así como el marco organizativo y tecnológico en el ámbito de la Consejería (BOJA 171, de 4 de septiembre).

Acuerdo de 11 de septiembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se determina la asunción de las funciones en materia de protección de datos por el Consejo de la Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (BOJA 180, de 17 de septiembre).

Orden de 4 de octubre de 2018, por la que se regula la emisión de los informes correspondientes a las acciones de comunicación institucional de la administración de la Junta de Andalucía (BOJA 196, de 9 de octubre).

Decreto 188/2018, de 9 de octubre, de ordenación del Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA 199, de 15 de octubre).

Acuerdo de 13 de noviembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el I Plan Andaluz de Memoria Democrática 2018-2022 (BOJA 223, de 19 de noviembre).

---

<sup>1</sup> 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 Septiembre a Noviembre.

## **CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Acuerdo de 4 de septiembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan de Desarrollo Económico de Andalucía Horizonte 2027 (BOJA 175, de 10 de septiembre).

Decreto 176/2018, de 25 de septiembre, por el que se autoriza la concertación de operaciones de endeudamiento hasta un importe máximo de setecientos treinta y cuatro millones cuatrocientos cincuenta mil euros (BOJA 189, de 28 de septiembre).

Resolución de 31 de octubre de 2018, conjunta de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de la Dirección General de Patrimonio y de la Dirección General de Política Digital, por la que se extiende el uso del Sistema Informático ERIS-G3 a las Consejerías y Entidades que se indican (BOJA 218, de 12 de noviembre).

Orden de 9 de noviembre de 2018, por la que se determina el calendario de días inhábiles a efectos de cómputos de plazos administrativos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2019 (BOJA 221, de 15 de noviembre).

Orden de 9 de noviembre de 2018, sobre cierre del ejercicio presupuestario de 2018 y de modificación de la Orden 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 219, de 13 de noviembre; corrección de errores en BOJA 225, de 21 de noviembre).

## **CONSEJERÍA DE CONOCIMIENTO, INVESTIGACIÓN Y UNIVERSIDAD**

Acuerdo de 4 de septiembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Estrategia para el Impulso y Consolidación de la Compra Pública de Innovación en la Administración Pública de la Junta de Andalucía (BOJA 175, de 10 de septiembre).

Resolución de 19 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Universidades, por la que se hace público el programa de Historia de la Filosofía para las Pruebas de Acceso a la Universidad para mayores de 25 años que se celebren en el curso 2018-2019 y posteriores (BOJA 189, de 28 de septiembre).

## **CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN**

Resolución de 6 de septiembre de 2018, de la Dirección General de la Agencia Pública Andaluza de Educación, por la que se corrige error en la Resolución de 24 de agosto de 2018, de la Dirección General de la Agencia Pública Andaluza de Educación, por la que se determina la fórmula para el cálculo de la compensación

económica a las entidades colaboradoras por la gestión de las ayudas a las familias para fomentar la escolarización de los niños y niñas menores de 3 años en los centros educativos de primer ciclo de educación infantil adheridos al «Programa de ayuda a las familias para el fomento de la escolarización en el primer ciclo de la educación infantil en Andalucía», para el curso 2018-2019 (BOJA núm. 168, de 30.8.2018) (BOJA 176, de 11 de septiembre).

Orden de 18 de septiembre de 2018, por la que se modifican los Anexos I y II de la Orden de 13 de julio de 2018, por la que se determina, para el año 2018, el importe de los conceptos retributivos que, como pago delegado, corresponde abonar al profesorado de la enseñanza concertada de Andalucía, así como la cuantía de los complementos retributivos establecidos por la Comunidad Autónoma para dicho profesorado (BOJA 191, de 2 de octubre).

Orden de 11 de octubre de 2018, por la que se modifican los Anexos I y II del Decreto-ley 1/2017, de 28 de marzo, de medidas urgentes para favorecer la escolarización en el primer ciclo de la educación infantil en Andalucía (BOJA 202, de 18 de octubre).

Orden de 13 de noviembre de 2018, por la que se desarrolla el currículo correspondiente al título de Técnico en Emergencias y Protección Civil (BOJA 231, de 29 de noviembre).

## **CONSEJERÍA DE SALUD**

Resolución de 1 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Profesionales del Servicio Andaluz de Salud, por la que se dictan instrucciones sobre la reanudación de los procesos de certificación en los distintos niveles de la carrera profesional (BOJA 173, de 6 de septiembre).

Acuerdo de 18 de septiembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Alimentaria para Andalucía 2018-2022 (BOJA 185, de 24 de septiembre).

Resolución de 20 de septiembre de 2018, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la cual se aprueban nuevos modelos normalizados de convenios para regular las relaciones entre los centros y entidades del sistema sanitario público de Andalucía y entidades asociativas sin ánimo de lucro en materia de participación ciudadana en los mismos (BOJA 194, de 5 de octubre; corrección de errores en BOJA 211, de 31 de octubre).

Decreto 177/2018, de 25 de septiembre, por el que se modifican los Estatutos de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias, Agencia Pública Empresarial Sanitaria Poniente de Almería, Agencia Pública Empresarial Sanitaria Alto Guadal-

quivir, Agencia Pública Empresarial Sanitaria Bajo Guadalquivir y Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol (BOJA 189, de 28 de septiembre).

Acuerdo de 20 de noviembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se presta conformidad para que la Escuela Andaluza de Salud Pública, S.A., actúe como medio propio personificado respecto de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades del sector público vinculadas o dependientes de ella, y se modifican sus estatutos (BOJA 228, de 26 de noviembre).

### **CONSEJERÍA DE IGUALDAD Y POLÍTICAS SOCIALES**

Acuerdo de 28 de agosto de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la «Estrategia Regional Andaluza para la Cohesión e Inclusión Social. Intervención en zonas desfavorecidas» (ERACIS) (BOJA 172, de 5 de septiembre).

Acuerdo de 11 de septiembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del II Plan de acción integral para mujeres con discapacidad en Andalucía (BOJA 180, de 17 de septiembre).

Acuerdo de 11 de septiembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del III Plan de acción integral para las personas con discapacidad en Andalucía (BOJA 180, de 17 de septiembre).

Acuerdo de 18 de septiembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del III Plan Integral de la Juventud en Andalucía (BOJA 185, de 24 de septiembre).

Orden de 21 de septiembre de 2018, por la que se modifica el modelo de solicitud y los Anexos II, III, IV y VI dispuestos en el Decreto-ley 3/2017, de 19 de diciembre, que regula la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía (BOJA 186, de 25 de septiembre).

Orden de 24 de septiembre de 2018, por la que se establece la distribución de las cantidades a percibir por las Entidades Locales para la financiación de las Ayudas Económicas Familiares correspondientes al ejercicio 2018, con crédito procedente del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social (BOJA 189, de 28 de septiembre).

Acuerdo de 9 de octubre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan de investigación e innovación en servicios sociales de Andalucía (BOJA 200, de 16 de octubre).



## **CONSEJERÍA DE JUSTICIA E INTERIOR**

Orden de 31 de octubre de 2018, por la que se modifica el Anexo 6 del Decreto 344/2011, de 22 de noviembre, por el que se regulan las condiciones de los locales y elementos materiales a utilizar en las elecciones al Parlamento de Andalucía (BOJA 218, de 12 de noviembre).

## **CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO**

Resolución de 24 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se actualizan los modelos de solicitud de estancia en las residencias que componen la Red de Tiempo Libre de la Junta de Andalucía y se establece el plazo de presentación de solicitudes de estancia en la Residencia de Tiempo Libre de Pradollano (Granada), temporada 2018/2019 (BOJA 189, de 28 de septiembre).

Resolución de 28 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, por la que se actualiza el modelo de solicitud en relación con los procedimientos para la expedición, suspensión y retirada de las certificaciones personales previstos en la normativa reguladora de la comercialización y manipulación de gases fluorados y equipos basados en los mismos, así como de la certificación de los profesionales que los utilizan (BOJA 193, de 4 de octubre).

Decreto 189/2018, de 9 de octubre, por el que se regula la composición de los órganos de gobierno de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Andalucía y el procedimiento electoral (BOJA 199, de 15 de octubre).

Acuerdo de 9 de octubre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del I Plan de acción contra la desigualdad salarial entre mujeres y hombres en Andalucía (BOJA 199, de 15 de octubre).

Acuerdo de 9 de octubre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan de Empleo de Personas con Discapacidad en la Comunidad Autónoma de Andalucía (PEPDA) 2019-2023 (BOJA 199, de 15 de octubre).

Acuerdo de 6 de noviembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del III Plan Integral para el Fomento de Artesanía en Andalucía 2019-2022 (BOJA 218, de 12 de noviembre).

## **CONSEJERÍA DE TURISMO Y DEPORTE**

Orden de 10 de septiembre de 2018, por la que se aprueba el Plan Turístico de Grandes Ciudades de Andalucía de la ciudad de Almería (BOJA 190, de 1 de octubre).

Acuerdo de 25 de septiembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Director de Instalaciones y Equipamientos Deportivos de Andalucía (PDIEDA) (BOJA 196, de 9 de octubre).

Orden de 2 de octubre de 2018, por la que se regula la clasificación de los Centros Deportivos de Rendimiento de Andalucía y se establece el procedimiento para su calificación y autorización, así como para su revocación (BOJA 196, de 9 de octubre).

Resolución de 8 de octubre de 2018, de la Dirección General de Actividades y Promoción del Deporte, por la que se ratifica la modificación del Reglamento Electoral de la «Federación Andaluza de Natación» y se acuerda su inscripción en el Registro Andaluz de Entidades Deportivas (BOJA 198, de 11 de octubre).

Resolución 13 de noviembre de 2018, de la Dirección General de Actividades y Promoción del Deporte, por la que se aprueba la modificación de los Estatutos de la «Federación Andaluza de Taekwondo» y se acuerda su inscripción en la sección primera del Registro Andaluz de Entidades Deportivas (BOJA 223, de 19 de noviembre).

Resolución de 14 de noviembre de 2018, de la Dirección General de Actividades y Promoción del Deporte, por la que se aprueba la modificación de los Estatutos de la «Federación Andaluza de Fútbol Americano» y se acuerda su inscripción en la sección primera del Registro Andaluz de Entidades Deportivas (BOJA 224, de 20 de noviembre).

Resolución de 14 de noviembre de 2018, de la Dirección General de Actividades y Promoción del Deporte, por la que se aprueba la modificación de los Estatutos de la «Federación Andaluza de Bolos» y se acuerda su inscripción en la sección primera del Registro Andaluz de Entidades Deportivas (BOJA 224, de 20 de noviembre).

Resolución de 14 de noviembre de 2018, de la Dirección General de Actividades y Promoción del Deporte, por la que se ratifica la modificación del Reglamento Electoral de la «Federación Andaluza de Gimnasia» y se acuerda su inscripción en el Registro Andaluz de Entidades Deportivas (BOJA 224, de 20 de noviembre).

Resolución de 15 de noviembre de 2018, de la Dirección General de Actividades y Promoción del Deporte, por la que se ratifica el Reglamento Disciplinario de la «Federación Andaluza de Patinaje» y se acuerda su inscripción en el Registro Andaluz de Entidades Deportivas (BOJA 225, de 21 de noviembre).

Resolución de 15 de noviembre de 2018, de la Dirección General de Actividades y Promoción del Deporte, por la que se ratifica la modificación del Reglamento

Electoral de la «Federación Andaluza de Espeleología» y se acuerda su inscripción en el Registro Andaluz de Entidades Deportivas (BOJA 225, de 21 de noviembre).

### **CONSEJERÍA DE CULTURA**

Acuerdo de 11 de septiembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación de la Estrategia andaluza para el impulso de la industria cinematográfica y de la producción audiovisual (BOJA 188, de 27 de septiembre).

### **CONSEJERÍA DE AGRICULTURA, PESCA Y DESARROLLO RURAL**

Resolución de 17 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Pesca y Acuicultura, por la que se cierra la pesquería de la chirla (*Chamelea gallina*) en aguas del litoral mediterráneo de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 184, de 21 de septiembre).

Acuerdo de 18 de septiembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Estrategia Andaluza de Bioeconomía Circular (BOJA 185, de 24 de septiembre)

Resolución de 24 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Pesca y Acuicultura, por la que se procede a la apertura de la pesquería de chirla (*Chamelea gallina*) en el Golfo de Cádiz (BOJA 189, de 28 de septiembre).

Resolución de 27 de septiembre de 2018, de la Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera, por la que se modifica la de 2 de abril de 2018, por la que se regulan las indemnizaciones derivadas de las medidas fitosanitarias obligatorias adoptadas para la prevención y lucha contra el organismo nocivo *Epitrix* spp., en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 194, de 5 de octubre).

Resolución de 1 de octubre de 2018, de la Dirección General de Pesca y Acuicultura, por la que se modifica parcialmente la Resolución de 24 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Pesca y Acuicultura por la que se procede a la apertura de la pesquería de chirla (*Chamelea gallina*) en el Golfo de Cádiz (BOJA 196, de 9 de octubre).

Decreto 190/2018, de 9 de octubre, por el que se crea y regula el Registro de Explotaciones Agrarias y Forestales de Andalucía y el Documento de Acompañamiento al Transporte de productos agrarios y forestales (BOJA 199, de 15 de octubre).

Orden de 9 de octubre de 2018, por la que se aprueba el formulario para la inscripción en el Registro de Titularidad Compartida de Explotaciones Agrarias de Andalucía (BOJA 199, de 15 de octubre).

Resolución de 15 de octubre de 2018, de la Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera, por la que se establece nueva zona demarcada del organismo nocivo *Epitrix papa*, así como medidas fitosanitarias obligatorias para su control, en la provincia de Granada (BOJA 205, de 23 de octubre).

Orden de 24 de octubre de 2018, por la que se establece que la aplicación informática RECEVET del Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Veterinarios es la base de datos oficial de la Comunidad Autónoma de Andalucía para la comunicación de prescripciones veterinarias de antibióticos o piensos medicamentosos formulados en base a premezclas medicamentosas que sean antibióticos realizadas en explotaciones que radiquen en Andalucía (BOJA 209, de 29 de octubre).

Corrección de errores de la Orden de 12 de marzo de 2015, por la que se establecen en la Comunidad Autónoma de Andalucía normas sobre la presentación de la solicitud única y de la solicitud de asignación de derechos de pago básico a partir del año 2015, así como disposiciones de aplicación a los pagos directos a la agricultura y a la ganadería, y a las ayudas del programa de desarrollo rural de Andalucía objeto de inclusión en la solicitud única (BOJA núm. 52, de 17.03.2015) (BOJA 199, de 15 de octubre).

### **CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO**

Decreto 162/2018, de 4 de septiembre, por el que se aprueban el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del ámbito de Sierra de las Nieves y el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural Sierra de las Nieves (BOJA 184, de 21 de septiembre).

Resolución de 14 de septiembre de 2018, de la Delegación Territorial de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio en Almería, sobre recogida de hongos en los terrenos forestales de la provincia (BOJA 182, de 19 de septiembre).

Acuerdo de 18 de septiembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Agenda Urbana de Andalucía (BOJA 185, de 24 de septiembre).

Acuerdo de 25 de septiembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Estrategia para la Generación de Empleo Medioambiental en Andalucía 2030 (BOJA 196, de 9 de octubre).

Resolución de 1 de octubre de 2018, de la Delegación Territorial de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio en Jaén, sobre recogida de setas en los terrenos forestales de la provincia de Jaén (BOJA 193, de 4 de octubre).

Resolución de 3 de octubre de 2018, de la Delegación Territorial de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio en Granada, sobre recogida de setas en los terrenos forestales de la provincia (BOJA 197, de 10 de octubre).

Decreto 191/2018, de 16 de octubre, por el que se aprueba el II Plan de Desarrollo Sostenible del Espacio Natural de Sierra Nevada y su área de influencia socio-económica y el Programa Operativo Horizonte 2020 (BOJA 208, de 16 de octubre).

Resolución de 23 de octubre de 2018, de la Delegación Territorial de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio en Granada, por la que se rectifica la de 3 de octubre de 2018, sobre recogida de setas en los terrenos forestales de la provincia (BOJA 212, de 2 de noviembre).

Decreto 202/2018, de 30 de octubre, por el que se aprueba el II Plan de Desarrollo Sostenible del Parque Natural de Sierra Mágina y su área de influencia socio-económica y el Programa Operativo Horizonte 2020 (BOJA 202, de 7 de noviembre).

Orden de 7 de noviembre de 2018, por la que se aprueba la modificación núm. 1 del Plan de Ordenación del Territorio del Levante Almeriense (BOJA 219, de 13 de noviembre).



NOTICIAS DE LA  
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA





# INFORME<sup>1</sup>

## **Medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía**

### I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente comentario es 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. Publicada en el BOJA 199, de 15 de octubre, entrará en vigor a los tres meses de la publicación, salvo las previsiones relativas al Sistema Andaluz de Emisiones Registradas, que producirán efectos a la entrada en vigor del Reglamento que regule el Sistema; y las relativas al artículo 42.2 (obligaciones en la modalidad de reducción de emisiones del Sistema), que producirán efectos al año de la entrada en vigor de dicho Reglamento (disposición final séptima).

Componen la Ley la exposición de motivos, 64 artículos, cuatro disposiciones adicionales, siete disposiciones finales<sup>2</sup> y un Anexo en el que se establece el sentido de determinados términos que emplea la Ley<sup>3</sup>. A continuación, se reseñarán sus aspectos más destacados, no sin antes subrayar que se trata, sin duda, de una ley trascendental, aprobada por unanimidad, que, centrada en los sectores difusos, se anticipa a la legislación estatal y sitúa a Andalucía, junto con la Comunidad Autónoma de Cataluña<sup>4</sup>, en la vanguardia de la lucha frente al cambio climático y de la transición energética.

---

<sup>1</sup> 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. Proyecto “Nuevo Derecho Urbanístico: simplificación, sostenibilidad, rehabilitación” (DER2017-84387-P).

<sup>2</sup> La primera modifica la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental. La segunda, la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La tercera, la Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el Inventario de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía y se establecen medidas adicionales para su protección. La cuarta, la Ley de 9/2010, de 30 de julio, de Aguas de Andalucía. La quinta se refiere al cambio climático como objetivo específico de los Planes Estadísticos y Cartográficos de Andalucía. Las disposiciones finales tercera y cuarta no figuraban en el texto del Proyecto de Ley y fueron introducidas durante la tramitación parlamentaria.

<sup>3</sup> Y, curiosamente, de otros que no utiliza la Ley: “combustibles alternativos” y “población vinculada”.

<sup>4</sup> Pionera con la aprobación de la Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático.

## II. FINALIDAD DE LA LEY, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y PRINCIPIOS RECTORES

La finalidad de la Ley es, según el artículo 1, “la lucha frente al cambio climático y hacia un nuevo modelo energético en Andalucía”. Su objeto se precisa mediante la enumeración de una serie de acciones, propósitos y metas de carácter diverso, que responden a los perfiles de la mitigación<sup>5</sup>; de la adaptación<sup>6</sup>; del conocimiento<sup>7</sup>; o que tienen un carácter más reflexivo en orden a precisar el marco normativo y asegurar la participación ciudadana y la información pública<sup>8</sup> (artículo 1).

La Ley se aplica a “aquellos sectores y actividades de cualquier naturaleza que incidan en la consecución de los fines marcados” en la Ley. Se excluyen “las emisiones de los gases incluidos en el ámbito de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero”, lo que a mi juicio no es por completo correcto, debiéndose entender que se excluyen estas emisiones en tanto sean producidas por las actividades incluidas en el Anexo I de dicha Ley.

Por último, los principios rectores son los recogidos en el artículo 4: “a) Precaución ante los riesgos potenciales no conocidos. b) Prevención de los riesgos conocidos. c) Mejora continua, de acuerdo con el mejor conocimiento científico disponible. d) Desarrollo sostenible, basado en la protección del medioambiente, el desarrollo so-

---

<sup>5</sup> “a) Establecer los objetivos y medidas de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero e incrementar la capacidad de los sumideros de CO<sub>2</sub>, todo ello teniendo en cuenta los objetivos que al respecto marquen la Unión Europea y el Gobierno de España, para llevar a cabo una transformación ordenada de nuestra economía hacia una economía baja en carbono y resiliente al clima [...] d) Impulsar la transición energética justa hacia un futuro modelo social, económico y ambiental en el que el consumo de combustibles fósiles tienda a ser nulo, basada en la promoción de un sistema energético andaluz descentralizado, democrático y sostenible cuya energía provenga de fuentes de energía renovables y preferentemente de proximidad [...] i) Fijar los objetivos de reducción de emisiones difusas en Andalucía.

<sup>6</sup> “b) Reducir el riesgo de los impactos del cambio climático, minimizando sus efectos [...] e) Reducir la vulnerabilidad de la sociedad andaluza ante los impactos adversos del cambio climático, así como crear los instrumentos necesarios que ayuden a reforzar las capacidades públicas de respuesta a estos impactos [...] f) La adaptación de los sectores productivos e incorporar el análisis de la resiliencia a los efectos adversos del cambio climático en la planificación del territorio, los sectores y actividades, las infraestructuras y las edificaciones”. Ha de observarse que “la adaptación de los sectores productivos” puede interpretarse en clave de mitigación o en clave de adaptación.

<sup>7</sup> “g) Fomentar la educación, investigación, el desarrollo y la innovación en materia de adaptación y mitigación del cambio climático [...] j) El fomento y la difusión del mejor conocimiento técnico-científico en materia climática y la incorporación de las externalidades en los procesos de análisis coste-beneficio”.

<sup>8</sup> “c) Definir, en el ámbito de las competencias de la Administración de la Junta de Andalucía, el marco normativo para la incorporación de la lucha contra el cambio climático en las principales políticas públicas afectadas, de acuerdo con los conocimientos técnicos y científicos disponibles [...] h) Promover la participación ciudadana y la información pública de la sociedad andaluza en la elaboración y evaluación de las políticas contenidas en la presente ley”.

cial y el económico. e) Protección de la competitividad de la economía andaluza. f) Coordinación y cooperación administrativa. g) Responsabilidad compartida de las Administraciones públicas, de las empresas y de la sociedad en general. h) Participación pública e información ciudadana”. Como se aprecia, junto con genuinos principios del Derecho Ambiental -sin duda los más importantes- se incluyen otras menciones que no lo son propiamente<sup>9</sup> o que son elementos de principios ya enunciados<sup>10</sup>.

### III. COMPETENCIAS Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVAS

A estas materias se dedica el Título primero de la Ley que, además de enunciar los deberes de cooperación y colaboración de las administraciones competentes (artículo 5), anuncia la creación por el Consejo de Gobierno de la Comisión Interdepartamental de Cambio Climático (artículo 6) y crea la Oficina Andaluza de Cambio Climático (artículo 7).

En la Comisión deben estar representadas “todas las Consejerías competentes en las materias correspondientes a las áreas estratégicas para la mitigación de emisiones y para la adaptación, a través de personas titulares de órganos directivos con rango al menos de viceconsejería, o en su caso, de secretaría general” (artículo 6.1). Y la Comisión, a su vez, contará con representación en el Consejo Andaluz del Clima (artículo 6.4). Sus funciones, en relación con el Plan Andaluz de Acción por el Clima, serán: “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).

Por su parte, la Oficina, con naturaleza de unidad administrativa, se adscribe a la Consejería competente en materia de cambio climático, señalándose que “a) Elaborará los informes de seguimiento de los objetivos, medidas y actuaciones establecidas en el Plan Andaluz de Acción por el Clima, proponiendo, en su caso, los me-

---

<sup>9</sup> “Coordinación y cooperación administrativa” y “participación pública e información ciudadana”.

<sup>10</sup> “La mejora continua, de acuerdo con el mejor conocimiento científico disponible”, puede insertarse en el desarrollo sostenible, al igual que la “protección de la competitividad de la economía andaluza”.

canismos de corrección que sean necesarios. b) Elaborará la propuesta de Inventario Andaluz de Emisiones de Gases de Efecto Invernadero del artículo 18. c) Realizará actividades de formación y asesoramiento para el desarrollo y planificación de actividades en materia de mitigación, comunicación y adaptación al cambio climático. d) Formulará los criterios para la elaboración de proyectos de fijación de carbono en espacios naturales protegidos. e) Servirá de plataforma para la transferencia de información, estableciendo canales de comunicación desde los centros productores de conocimiento hasta los responsables de gestión” (artículo 7.2).

### IV. PLANIFICACIÓN FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO E IMPULSO PARA LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA

La Ley contempla planes municipales contra el cambio climático (artículo 15) y regula el Plan Andaluz de Acción por el Clima (artículos 8 y siguientes). También prevé los denominados Escenarios Climáticos de Andalucía (artículo 17) y el Inventario Andaluz de Emisiones de Gases de Efecto Invernadero (artículo 18), que se caracterizan, todos ellos, como “instrumentos de referencia para la planificación”<sup>11</sup>.

El plan de cabecera es el Plan Andaluz de Acción por el Clima, que tiene la consideración de plan con incidencia en la ordenación del territorio (artículo 8.2) y cuyas determinaciones son obligatorias para todas las administraciones y para todas las personas jurídicas o físicas titulares de actividades incluidas en el ámbito de la Ley (artículo 8.1). En su formulación se ha de procurar “la integración efectiva en la planificación autonómica y local de las acciones de mitigación, adaptación y comunicación del cambio climático, y que se aprovechen las sinergias entre dichas acciones” (artículo 9.1). Su contenido mínimo es el que recoge el artículo 9.2, destacando las menciones sobre información (letra d), participación (letra e), estrategias en materia de mitigación y de adaptación (letra f), acciones de comunicación, participación, formación y educación ambiental (letra h), medidas para colectivos especialmente vulnerables a los efectos del cambio climático (letra k), marco estratégico de transición hacia un nuevo modelo energético (letra l) y colaboración, fomento y promoción para la adaptación del tejido empresarial y productivo andaluz (letra n). Se prevé que el Plan incluya un Programa de Mitigación de Emisiones para la Transición Energética (artículo 10), un Programa de Adaptación (artículo 11) y un Programa de Comunicación y Participación (artículo 12). Habrá de estar aprobado en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley, plazo sin duda breve si se tiene en cuenta que el plazo de que disponen las Consejerías para aportar información a la

---

<sup>11</sup> El reglamento del Inventario debe ser aprobado en el plazo máximo de dos años desde la entrada en vigor de la Ley (apartado tercero de la disposición adicional tercera).

Consejería competente en materia de cambio climático es de seis meses (disposición adicional primera).

En cuanto a los planes municipales contra el cambio climático, la Ley dispone su elaboración y aprobación en el ámbito de las competencias propias que el artículo 9 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, atribuye a los municipios y en el marco de las determinaciones del Plan Andaluz de Acción por el Clima (artículo 15.1). Recaen sobre las áreas estratégicas en materia de mitigación de emisiones y adaptación que establecen los artículos 10.2 y 11.2, respectivamente, de la Ley (artículo 15.2). Con el contenido mínimo que prescribe el artículo 15.2, pueden elaborarse y aprobarse a través de las entidades e instrumentos de cooperación territorial que se enumeran en el artículo 62 de la Ley 5/2010 (artículo 15.5). La aprobación de los planes debe tener lugar dentro del año siguiente a la aprobación del Plan Andaluz de Acción por el Clima (disposición adicional segunda).

## V. ADAPTACIÓN AL CAMBIO CLIMÁTICO

El Título tercero de la Ley, sobre la adaptación al cambio climático, regula la integración de la adaptación al cambio climático en los instrumentos de planificación y crea el Registro de la huella hídrica de productos, servicios y organizaciones.

La integración de la adaptación al cambio climático en los instrumentos de planificación la resuelve la Ley estableciendo que “las actividades de planificación autonómica y local relativas a las áreas estratégicas para la adaptación al cambio climático establecidas en el artículo 11 tendrán [...] la consideración de planes con incidencia en materia de cambio climático” (artículo 19.1), debiendo en consecuencia incluir los contenidos que señala el artículo 19.2<sup>12</sup>, a cuyo efecto el artículo 20 enumera los impactos que al menos han de considerarse según el área estratégica de adaptación que se trate.

El Registro de la huella hídrica de productos, servicios y organizaciones tiene por objeto “la inscripción voluntaria de la huella de hídrica de los productos, servicios y organizaciones, entendida como herramienta para calcular y comunicar el consumo de recursos hídricos asociados al ciclo de vida de un producto, servicio u organización” (artículo 21.1). Pueden inscribirse “las personas físicas o jurídicas tanto públicas como privadas que produzcan, distribuyan o comercialicen un producto o servicio en la Comunidad Autónoma de Andalucía” (artículo 21.2) y la inscripción otorga “el derecho a utilizar el logotipo de la huella hídrica en el establecimiento

---

<sup>12</sup> El expresado en la letra b) –“Las disposiciones necesarias para fomentar la baja emisión de gases de efecto invernadero y prevenir los efectos del cambio climático a medio y largo plazo”- guarda más relación con la mitigación que con la adaptación.

o en la etiqueta del producto” (artículo 21.5). Los productos, en particular, “deben incorporar una evaluación de la huella hídrica visible en el etiquetado y el embalaje” (artículo 21.6).

### VI. MEJORA DEL CONOCIMIENTO Y PARTICIPACIÓN PÚBLICA

Para la mejora del conocimiento en la materia, la Ley crea la Red de Observatorios de Cambio Climático de Andalucía (artículo 22) y prevé la imposición de obligaciones relacionadas con la transmisión de información a la administración, así como la incorporación del cambio climático como objetivo específico de los planes estadísticos de Andalucía (artículo 23.2 y 3), precisando que la información en la materia será pública (artículo 23.4). También contempla medidas de fomento de la investigación, el desarrollo y la información (artículo 24) y el tratamiento de la materia en los estudios universitarios y no universitarios (artículo 25).

Por lo que respecta a la participación y a la transparencia, se crea el Consejo Andaluz del Clima “para facilitar la participación de la sociedad civil en el diseño y seguimiento de las políticas en materia de cambio climático” (artículo 26.1); se prevén “acciones y campañas que tengan por finalidad informar y concienciar a la ciudadanía en materia de cambio climático”, así como canales de información “para los agentes económicos y sociales implicados, la ciudadanía y la Administración pública” (artículo 27); se dispone específicamente el impulso de “los canales de difusión de la información en esta materia [...] con la finalidad de fomentar la participación de la ciudadanía en el diseño de las políticas públicas de mitigación y adaptación” (artículo 28.1); se efectúa una remisión a la legislación de transparencia y de acceso a la información ambiental en lo concerniente al derecho de acceso público a la información (artículo 28.2); y se contempla la remisión bianual al Parlamento de una memoria con la información sobre el grado de cumplimiento de los objetivos de la Ley, que debe ser publicada en el Informe de Medio Ambiente de Andalucía y, también, ser accesible por vía telemática (artículo 29).

### VII. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PRESUPUESTOS

En materia de contratación pública, la Ley ordena a las entidades del sector público a las que se aplica la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que promuevan una serie de medidas de “contratación pública verde”, que es el nombre del artículo 30. El artículo 53, por otra parte, contempla la posibilidad de exigir la huella de carbono en las licitaciones que lleven a cabo la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales, posibilidad que devendrá en obligación una vez que transcurran dos años desde la entrada en vigor de la Ley.

En materia de presupuestos, el artículo 31 prevé la incorporación al Proyecto de Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de un “informe sobre la incidencia de los indicadores presupuestarios en el cambio climático”. El artículo 32, por su parte, contempla “un informe anual sobre el presupuesto en materia de cambio climático y su grado de ejecución”, informe que ha de hacerse público.

## VIII. MITIGACIÓN DE EMISIONES

En el extenso Título VII se aborda la mitigación de emisiones. Consta de cuatro capítulos en los que se regulan los objetivos y medidas de mitigación de emisiones, el Sistema Andaluz de Emisiones Registradas, el Sistema Andaluz de Compensación de Emisiones y la huella de carbono de productos y servicios.

Los objetivos de mitigación de emisiones difusas se fijan, “como mínimo, en función de los objetivos de la Unión Europea y de la normativa básica estatal, adoptando el criterio de reparto proporcional del esfuerzo según el tramo que le corresponda al PIB relativo a la Comunidad Autónoma, y aplicando el esfuerzo así determinado a las emisiones de CO<sub>2</sub> equivalentes per cápita, o, en su caso, el criterio que en el futuro le pueda sustituir” (artículo 33.1). En concreto, se establece como objetivo para 2030 la reducción como mínimo del 18% de emisiones difusas de gases de efecto invernadero por habitante con respecto a 2005, adoptándose el valor de 33.321 kilotoneladas equivalentes de CO<sub>2</sub> para este año 2005, lo que se corresponde con 4,21 toneladas equivalentes de CO<sub>2</sub> per cápita (artículo 33.2). Los objetivos para periodos posteriores los fijará el Gobierno con arreglo a los parámetros que cita el artículo 33.3, pudiendo revisar el objetivo si cambiaran las circunstancias a que se refieren estos parámetros (artículo 33.3).

Los objetivos para la transición hacia un nuevo modelo energético<sup>13</sup> los fija el artículo 34, que apela también a la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y la eficiencia energética de Andalucía. Se

---

<sup>13</sup> Se trata de “un modelo energético renovable y descarbonizado, neutro en emisiones de gases de efecto invernadero, que reduzca la vulnerabilidad del sistema energético andaluz y garantice el derecho de acceso a la energía como bien común”. Las medidas encaminadas a la transición energética hacia este modelo deben enfocarse a: “a) Impulsar políticas de ahorro y eficiencia energéticas, con el objetivo de reducir el consumo tendencial de energía primaria en el año 2030, como mínimo el 30%, excluyendo los usos no energéticos. b) Promover las energías renovables y un modelo energético en el que el consumo de combustibles fósiles tienda a ser nulo, para que en 2030 se pueda aportar con energías renovables, como mínimo, el 35% del consumo final bruto de energía. c) Adoptar medidas de carácter normativo que favorezcan el autoconsumo energético a partir de energías renovables y la participación de actores locales en la producción y distribución de energía renovable, así como la simplificación normativa en la tramitación de los proyectos renovables. d) Difundir los principios del nuevo modelo energético a través de actuaciones de sensibilización e informar a la ciudadanía, incluyendo acciones formativas dirigidas al sistema educativo andaluz” (artículo 34.1).

pretende reducir el consumo tendencial de energía primaria en el año 2030, como mínimo el 30%, excluyendo los usos no energéticos; y que en 2030 se pueda aportar con energías renovables, como mínimo, el 35% del consumo final bruto de energía. Igualmente, los objetivos para periodos posteriores los fijará el Gobierno con arreglo a los parámetros que cita el artículo 34.2, pudiendo revisar el objetivo si cambiaran las circunstancias a que se refieren estos parámetros (artículo 34.2).

Para la mitigación de emisiones se enuncian medidas de aplicación transversal en todas las áreas estratégicas de mitigación a que se refiere el artículo 10.2 (artículo 35). Y también medidas específicas por áreas estratégicas, excepto el área de administraciones públicas (artículo 36). Todas ellas deben incluirse en el Programa de Mitigación de Emisiones para la Transición Energética.

La Ley regula distintos instrumentos para la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, uno obligatorio (el Sistema Andaluz de Emisiones Registradas) y otros voluntarios (el Sistema Andaluz de Compensación de Emisiones, la calificación de Municipio de Baja Emisión de Carbono y el Registro de la huella de carbono de productos y servicios). Contempla además los sumideros de carbono en espacios naturales protegidos.

El Sistema Andaluz de Emisiones Registradas obliga a los titulares de actividades públicas y privadas radicadas en Andalucía<sup>14</sup> con un consumo eléctrico anual superior a 3 GWh (modalidad de reducción de emisiones) o superior a 1 GWh que no alcancen los 3 GWh (modalidad de seguimiento y notificación). Los primeros tienen las obligaciones que detalla el artículo 42.2, destacadamente las de elaborar un plan de reducción de emisiones y reducir éstas hasta el valor de referencia que se fije; los segundos tienen las obligaciones que enumera el artículo 43.2. Se consideran las emisiones directas, las indirectas y las externalizadas (artículo 44). Para la comprobación del cumplimiento de las obligaciones se crea el Registro del Sistema Andaluz de Emisiones Registradas (artículo 46). Todos los establecimientos incluidos en el Sistema deben exhibir públicamente el certificado del Sistema Andaluz de Emisiones Registradas, que acredita el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley (artículo 49)<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Obviamente, no se aplica a las actividades a que se refiere el anexo I de la Ley 1/2005, de 9 de marzo. Pero tampoco, lógicamente, “a las actividades de defensa o seguridad nacionales, cuando ello resulte justificado por razones de seguridad pública o de protección de los intereses esenciales de seguridad del Estado” (artículo 41.5).

<sup>15</sup> El reglamento del Sistema Andaluz de Emisiones Registradas debe ser aprobado en el plazo máximo de dos años desde la entrada en vigor de la Ley (apartado segundo de la disposición adicional tercera).



El Sistema Andaluz de Compensación de Emisiones es, como se ha anticipado, un instrumento de carácter voluntario. Se basa en la suscripción de convenios entre las personas físicas o jurídicas y la Consejería competente en materia de cambio climático, en virtud los cuales se adquieren compromisos de seguimiento, notificación y reducción de emisiones. Los objetivos de reducción de emisiones se pueden alcanzar, parcialmente o en su totalidad, mediante la compensación de emisiones, materializada mediante la entrega de unidades de absorción generadas por la ejecución de proyectos de compensación o de autocompensación, a los que seguidamente me referiré. En todo caso, se prescribe la promoción de la adhesión a iniciativas autonómicas, estatales o de la Unión Europea que tengan por objeto la reducción o la compensación voluntaria de las emisiones de gases de efecto invernadero; y la promoción también de medidas de fomento para facilitar el cumplimiento de los compromisos que se suscriban en el marco de estas iniciativas (artículo 50). Para la comprobación del cumplimiento de lo establecido en los convenios, se crea el Registro del Sistema Andaluz de Compensación de Emisiones (artículo 51).

El artículo 37 regula los proyectos de compensación de emisiones, que tienen por objeto el incremento de la capacidad de sumidero de carbono en terrenos de dominio público. A través de estos proyectos, que deben inscribirse en el Registro del Sistema Andaluz de Compensación de Emisiones, se materializan los compromisos de compensación del Sistema Andaluz de Compensación de Emisiones. La Consejería competente en la materia debe aprobar el Catálogo de Proyectos de Compensación<sup>16</sup> en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley. Se remite al reglamento la regulación del sistema de certificación de unidades de absorción generadas a través de los proyectos y los estándares aplicables, así como el control y seguimiento de los proyectos.

Los proyectos de autocompensación de emisiones son los que pueden ejecutar, para sus propias emisiones y en terrenos sobre los que tengan derechos reales que les autoricen para ello, las personas físicas o jurídicas titulares de actividades incluidas en el Sistema Andaluz de Compensación de Emisiones. Estos proyectos pueden pertenecer a cualquiera de las categorías enumeradas en el 37.2 y “estarán sometidos a los mismos requisitos de inscripción en el Sistema Andaluz de Emisiones Registradas y certificación de unidades de absorción que los proyectos de compensación” (artículo 38).

---

<sup>16</sup> El artículo 37.2 señala que “se considerarán proyectos de fijación de carbono los de forestación, reforestación, restauración y conservación de masas forestales existentes, de ecosistemas litorales, de dehesas y de monte mediterráneo, los de conservación o restauración de humedales, praderas de fanerógamas marinas u otros espacios de naturaleza análoga, y los de conservación o aumento del contenido de materia orgánica del suelo, en el ámbito de la silvicultura o de la agricultura, que formen parte del Catálogo de Proyectos de Compensación”.

Otro instrumento voluntario es la calificación de Municipio de Baja Emisión de Carbono (artículo 40). Responde a la técnica de los incentivos y es un reconocimiento que otorga la Consejería competente en materia de cambio climático “en atención a las iniciativas públicas puestas en marcha sobre esta materia a nivel municipal”, siendo necesario, entre otros extremos, que se tenga aprobado el Plan Municipal contra el Cambio Climático. En cuanto a las ventajas de obtener este reconocimiento, la Ley solo menciona la posibilidad de que las bases reguladoras de ayudas o subvenciones para iniciativas relacionadas con las áreas estratégicas de mitigación incorporen la valoración de la calificación de Municipio de Baja Emisión de Carbono. Por último, el reconocimiento puede también otorgarse a las entidades de cooperación territorial del artículo 62 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía de Andalucía.

La Ley crea el Registro de la huella de carbono de productos y servicios, de carácter voluntario (artículo 52). Se caracteriza como una “herramienta para calcular y comunicar el total de las emisiones de gases de efecto invernadero asociados a un producto o servicio”, rigiéndose el cálculo de la huella de carbono por los estándares aceptados internacionalmente. La inscripción otorga el derecho a utilizar el logotipo de la huella de carbono en el establecimiento o en la etiqueta del producto y, por otra parte, es medio de prueba de que se dispone de la huella en orden a las licitaciones que lleven a cabo la Administración de la Junta y sus entes instrumentales. Se remiten al reglamento aspectos sustanciales de la regulación y, con discutible sistemática, se impone a la Consejería la obligación de “elaborar, con una periodicidad no superior a dos años, la huella de carbono de Andalucía, basada en el inventario de emisiones de gases de efecto invernadero”.

Por último, y como ya se anticipó, el Título VI regula los sumideros de carbono en espacios naturales protegidos (artículo 39). Se prevé, en primer término, que la planificación de estos espacios incluya entre sus objetivos prioritarios el incremento de la capacidad de fijación del carbono<sup>17</sup>. En segundo lugar, se exige, para ciertos proyectos, la justificación de un balance de carbono neutro a lo largo de toda la vida del proyecto, para lo cual es posible entregar unidades de absorción provenientes de proyectos de compensación o de autocompensación.

## IX. RÉGIMEN SANCIONADOR Y MEDIDAS DE EJECUCIÓN FORZOSA

El Título VII regula esta materia, tipificando infracciones leves, graves y muy graves. Las sanciones previstas son multas (hasta 120.000 euros en caso de infracción

---

<sup>17</sup> Se consideran proyectos de fijación de carbono en espacios naturales los que pertenecen a las tipologías que recoge el artículo 37.2.

muy grave) e imposibilidad de obtener préstamos, subvenciones o ayudas públicas en materia de medioambiente (durante dos años si es infracción grave y durante 4 años si es infracción muy grave).

En cuanto al plazo máximo para notificar la resolución del procedimiento sancionador, el artículo 60 se remite a la Ley 39/2015, siendo así que ésta no establece ninguno. El plazo será por consiguiente el de 3 meses que señala por defecto el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, que puede resultar en exceso breve.

Cabe destacar también que los plazos de prescripción de las infracciones muy graves y de las leves son de cuatro y dos años respectivamente, muy superiores a los que por defecto señala el artículo 30.1 de la Ley 40/2015. Lo mismo sucede en lo que concierne al plazo de prescripción de las sanciones (cuatro años en el caso de sanciones por infracciones muy graves y graves y dos años en el de las sanciones por infracciones leves).

Finalmente, las multas coercitivas se prevén por importe de entre 30.000 y 600 euros (artículo 64).



NOTICIAS DE REVISTAS  
AUTONÓMICAS





## Noticia de Revistas Autonómicas<sup>1\*</sup>

### (1) § Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias.

COBREROS MENDAZONA, Edorta: «La reparación del incumplimiento del plazo razonable en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y una posible consecuencia para el estatus de los derechos fundamentales», *R.V.A.P.* núm. 109-I. Septiembre-Diciembre 2017. Págs. 21-58.

El prof. Cobrerros Mendazona, reputado experto en Derecho de Unión Europea, vuelve sobre una temática que es le es cara, esto es el derecho fundamental a obtener justicia en un plazo razonable. Para ello, el autor analiza la evolución de la jurisprudencia comunitaria desde la doctrina recaída en la sentencia *Baustahlgewebe c. Comisión* de 17 de diciembre de 1998 (mera rebaja de la sanción fijada en la sentencia recurrida), a la posterior y definitiva interpretación que remite a la vía del recurso de indemnización, que obliga a iniciar un recurso de indemnización ante el Tribunal General para obtenerla a partir de las sentencias *Gascogne Sack Deutschland c. Comisión* y otras, de 26 de noviembre de 2013. Asimismo, el autor subraya una consecuencia de gran alcance de esta nueva vía compensatoria: la lesión del derecho fundamental al plazo razonable constituye una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión Europea a efectos de responsabilidad patrimonial. Pero, además, el autor infiere una (posible) deducción más general, que supondría una importante novedad en el sistema de responsabilidad extracontractual de la Unión Europea: la conculcación de un derecho fundamental constituye *per se* una violación suficientemente caracterizada del ordenamiento de la Unión, lo que reforzaría la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento de la Unión Europea.

ABELLÁN LÓPEZ, María Ángeles - ALDEGUER CERDÁ, Bernabé: «Los Órganos de control externo (OCEX): una aproximación desde la perspectiva de las Relaciones Intergubernamentales», *R.V.A.P.* núm. 109-I. Septiembre-Diciembre 2017. Págs. 311-338.

Este se trabajo tiene por objeto un aspecto de las relaciones intergubernamentales en España (no exentas de controversia, como es bien conocido), como es el caso de las relaciones entre el Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo autonómico. En un contexto general presidido por la desconfianza y un déficit de colaboración entre los actores políticos, como señalan los autores, este artículo presenta un caso de éxito de buenas prácticas intergubernamentales protagonizado por los Órganos de Control Externo Autonómicos, conocidos como los OCEX. Algunas

---

<sup>1</sup> \* Sección a cargo de Severiano FERNÁNDEZ RAMOS.

Comunidades Autónomas que crearon sus propios OCEX han institucionalizado foros y encuentros de colaboración y cooperación, con excelentes resultados, para la resolución de los problemas y desafíos que tiene planteado el sistema de control externo español. Todo ello bajo el lema de la Organización Internacional de Instituciones Superiores de Fiscalización (INTOSAI), «Experientia mutua omnibus prodest».

SOLANES MULLOR, Joan: «La desconstitucionalización y europeización del principio de unidad de mercado: el Estado de las Autonomías bajo presión» *R. V.A.P.* núm. 109-I. Septiembre-Diciembre 2017. Págs. 89-118.

Es innegable que la crisis económica y financiera que ha azotado Europa ha propiciado verdaderas mutaciones constitucionales de los Estados, impulsadas en parte por la Unión Europea. Una de ellas es la referida al significado y alcance del principio de unidad de mercado para los Estados políticamente descentralizados europeos. En España, según el autor, tanto la normativa española de transposición de la Directiva de Servicios —aprobada en el periodo 2009-2013— como la aprobación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado en 2013 han utilizado el principio de unidad de mercado como una herramienta para alterar el Estado de las Autonomías.

En concreto, tras exponer el origen de la cláusula constitucional de la unidad de mercado, como técnica destinada a solventar conflictos interterritoriales, poco aplicada en la práctica y muy deferente con la discrecionalidad reguladora de las Comunidades Autónomas ejercida en el marco de sus competencias propias, el autor defiende que la nueva concepción del principio de unidad de mercado, que se desprende de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, lo convierte en una cláusula ideológica, sin valor territorial (puesto que lo que está en juego es si un poder público, sea el que sea, puede o no intervenir en la esfera de la libertad de empresa de los particulares), destinada a solventar conflictos entre la libre empresa —entendida en todas sus facetas— y la legítima capacidad de intervención de las administraciones públicas, cuya activación también se encuentra en poder de los particulares y sus intereses. Finalmente, se esbozan unas breves conclusiones que recogen el sentir que esta mutación constitucional, en proceso de emergencia y cuyos contornos no están todavía definidos, puede contribuir a una limitación de la autonomía política de las Comunidades Autónomas.

## **(2) § Administraciones Públicas/Función Pública.**

PÉREZ MONGUIÓ, José María: «Actividades privadas compatibles de los altos cargos en la Administración General del Estado», *R. V.A.P.* núm. 109-I. Septiembre-Diciembre 2017. Págs. 189-223.

El estatuto de los altos cargos, debido a su posición directiva en las Administraciones Públicas, constituye una de las preocupaciones más relevantes en todos los



Estados en aras de la buena gobernanza. En España, esta preocupación ha tenido reflejo en la renovación del marco legal que está teniendo lugar en los últimos años tanto en el ámbito estatal como en el autonómico. El objeto de este trabajo se centra en el análisis del régimen de las actividades compatibilidades privadas de los altos cargos, a partir de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Aun cuando el principio general es el de la dedicación y retribución única, la ley permite el desarrollo de ciertas actividades, tanto públicas como privadas, que pueden compatibilizarse con el desarrollo del cargo.

En concreto, se analiza la administración del patrimonio personal o familiar (limitaciones patrimoniales en participaciones societarias, regularización del alto cargo en cuanto al cumplimiento de las limitaciones en participaciones societarias, control y gestión de valores y activos financieros), así como la producción y creación literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de aquéllas; la colaboración y la asistencia ocasional y excepcional como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional, y la participación en entidades culturales o benéficas.

MOHAMED VÁZQUEZ, Rashid: «La formación de los empleados públicos desde el punto de vista jurídico y organizacional. Dos perspectivas necesariamente entrelazadas», *R.V.A.P.* núm. 109-I. Septiembre-Diciembre 2017. Págs. 421-438.

En el contexto actual de escasez de recursos humanos en las Administraciones Públicas, la formación de los empleados públicos constituye un instrumento valioso al servicio de los intereses y objetivos de la organización pública. Pues bien, en este trabajo se analiza la formación de los empleados al servicio de las Administraciones Públicas tanto desde un punto de vista jurídico —como derecho y deber del empleado— como desde una perspectiva organizacional —óptica basada en determinar el mejor modo de configurar la formación con arreglo a los objetivos de la organización—. Respecto a la perspectiva jurídica, se estudian las consecuencias del incumplimiento del deber de formarse, analizando igualmente la relación existente entre la formación y el derecho a la igualdad, así como su conexión con el deber administrativo de perseguir el interés general.

Desde el punto de vista organizacional se tratan, entre otros extremos, la necesidad de realizar una planificación estratégica de forma anticipada y de orientar la formación no solo a la adquisición de conocimientos de tipo técnico sino también al desarrollo de competencias de otra índole, como la adaptación al entorno, a la tecnología, el trabajo en equipo, la motivación, o la orientación a resultados. Igualmente, desde el punto de vista organizacional se insta a potenciar la formación en ética como instrumento para garantizar la integridad de la organización.

TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne: «Ley y negociación colectiva en la determinación del tiempo de trabajo del personal que presta servicios esenciales de protección civil en la Comunidad Autónoma Vasca», *R.V.A.P.* núm. 109-I. Septiembre-Diciembre 2017. Págs. 225-266.

Los profesionales que prestan servicios de protección civil presentan, entre otras, la particularidad de que su desempeño deba desarrollarse durante las 24 horas del día, lo que plantea una tensión entre la obligación de ofrecer un adecuado servicio público y el derecho al descanso, indefectiblemente unido a la salud de las personas. Y este es el objeto de este trabajo, esto es, determinar cuáles son las normas mínimas de jornada y descanso, como la posibilidad de ser modificadas por parte de los sujetos legitimados para negociar. Para ello, en el trabajo se analiza la legislación administrativa respecto del régimen jurídico aplicable al personal funcionario y laboral de los servicios de protección civil en materia de tiempo de trabajo en la Comunidad Autónoma Vasca, y más en concreto, para analizar la legalidad del Acuerdo regulador del Servicio de Bomberos de la Diputación de Gipuzkoa, que establece módulos de 24 horas.

Partiendo de la Directiva 2003/88/CE sobre aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, aplicable a los empleados públicos, que si bien prevé posibles excepciones relativas al descanso entre jornadas por la necesidad de garantizar la continuidad del servicio o de la producción, entre las que se encuentra la actividad de los médicos en urgencias, la policía y los bomberos/as, se trata de una posibilidad no aprovechada por la legislación nacional, por lo que la autora concluye en el Servicio de Bomberos de Gipuzkoa habría de aplicarse un descanso mínimo entre jornadas.

### **(3) § Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.**

MARINA JALVO, Belén: «Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», *R.V.A.P.* núm. 109-I. Septiembre-Diciembre 2017. Págs. 163-188.

Como se indica en el título, en este trabajo se analizan y valoran las novedades que el art. 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ha introducido en la regulación de las medidas provisionales. Según la autora, los cambios introducidos por el legislador parecen responder a distintas fuentes de inspiración pues, mientras que en lo relativo a la enunciación de las medidas provisionales de posible adopción la Ley 39/2015 ha pretendido tomar como referencia la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que respecta

a los principios que ordenan la adopción de las medidas provisionales el legislador parece haber tenido en cuenta, principalmente, algunas singularidades que, en la normativa precedente, caracterizaban al régimen de adopción de las medidas provisionales en los procedimientos sancionadores.

En cuanto a las novedades en sí mismas, la autora destaca, por una parte, que la Ley 39/2015 ha eliminado algunas restricciones normativas relativas a la adopción de las medidas provisionales, de manera que ahora éstas pueden ser acordadas antes del inicio del procedimiento con carácter general, como consecuencia de la supresión de la exigencia de previsión legal expresa de la posibilidad de acordar tales medidas previas al inicio del procedimiento. De otro lado, la citada remisión a la LEC (innecesaria, inadecuada y parcial, según la autora) permite adoptar cualquier medida sin necesidad de que esté específicamente prevista en una ley. Y, finalmente, debido a la nueva concepción del procedimiento administrativo común que incluye al procedimiento sancionador, en los procedimientos sancionadores podrán adoptarse las medidas provisionales precisas en cada caso, sin necesidad de previsión específica en la normativa reguladora de cada procedimiento sancionador, pues basta la cobertura que ofrece el art. 56.

En una valoración de conjunto, la autora considera que el art. 56 LPAC ha aumentado las facultades administrativas para la adopción de medidas provisionales, ya de por sí amplias al amparo del art. 72 LPAC. Y ello sin perjuicio de los nuevos principios y exigencias incorporados por la LPAC para la adopción de medidas provisionales, cuyo significado y alcance no es demasiado concreto.

GARCÍA CASTRO, David: «El interés casacional objetivo como requisito único a acreditar en los escritos de preparación de recursos de casación ante la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo. Un análisis de la incipiente jurisprudencia de la Sala de Admisión del Alto Tribunal tras la entrada en vigor de la LO 7/2015», *R.V.A.P.* núm. 109-I. Septiembre-Diciembre 2017. Págs. 469-493.

Como es conocido, la Ley Orgánica 7/2015, por la que se reforma la LOPJ, ha supuesto un vuelco al recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, introduciendo relevantes novedades organizativas, legales, procesales y procedimentales, entre las que destaca la incorporación del interés casacional objetivo como requisito único de admisión de los asuntos. La introducción de este nuevo concepto, pese al esfuerzo realizado por el legislador para concretar los supuestos de indicios (art. 88.2 LJCA) y las presunciones de interés casacional (art. 88.3 LJCA), ha generado múltiples dudas sobre el concepto mismo de interés casacional y sobre la forma de acreditarlo. Este trabajo se centra en analizar la incipiente jurisprudencia de la Sección de Admisión de la Sala Tercera del TS para concretar el concepto de interés

casacional y la forma de acreditarlo en los escritos de preparación de recursos de casación.

De los autos del TS examinados, el autor distingue dos tipos de supuestos de interés casacional. En primer lugar, el fundamentado en algún supuesto indiciario del artículo 88.2 LJCA, supuestos en los que el Tribunal exige que se identifique la cita precisa y detallada que permita la identificación y localización de las sentencias contradictorias, en supuestos de igualdad sustancial de la *ratio decidendi*. De tal forma que no podrá tener por debidamente cumplida la carga procesal establecida en el art. 89.2 si el recurso se limita a afirmar que la sentencia impugnada entra en contradicción con otras. Por el contrario, para aquellos asuntos en los que se pretenda acreditar el interés casacional sobre la base de alguna de las presunciones del art. 88.3 LJCA, será el Tribunal quien cargue con el peso de motivar la manifiesta inexistencia de interés casacional en el asunto (art. 90.3.b) LJCA). Pese a ello, el autor apunta que se debe tener presente que la fortaleza de la presunción de los supuestos del art. 88.3 LJCA no exime a la recurrente de realizar un esfuerzo argumental acorde con lo expuesto en el art. 89.4 LJCA.

NABASKUES MARTÍNEZ DE EULATE, Iker «Panorama actual de la calidad normativa en el ordenamiento tras la aprobación de la Ley 39/2015», *R.V.A.P.* núm. 109-I. Septiembre-Diciembre 2017. Págs. 389-419.

Huelga decir que la calidad y eficacia de las normas jurídicas del ordenamiento es hoy en día un tema de máxima actualidad, debido a la imperiosa necesidad de reducir la hiperinflación de normas en nuestro ordenamiento y dotar a la Administración de herramientas para testar su eficacia. En esta línea, el propósito de este artículo es realizar una reflexión acerca del panorama de la calidad normativa en la actualidad. En primer lugar, reflexionando sobre los problemas en torno a la calidad del ordenamiento, así como sobre los criterios generales para afrontar la calidad de las normas. En segundo lugar, y en lo que respecta al ámbito estatal, por el paso que implicó primero la Ley 19/2013 de Transparencia y Buena Gobierno y, seguidamente, la Ley 39/2015 del Procedimiento administrativo común, y la ordenación de la llamada buena regulación, la participación ciudadana, las evaluaciones *ex ante* y *ex post* de la normativa y su apuesta por la consolidación de la Administración electrónica. Para el autor, la regulación de las actuaciones previas al ejercicio de la potestad reglamentaria es un paso muy positivo puesto que es el instrumento que puede contribuir de manera significativa a evitar normas innecesarias en la lucha contra la hiperinflación normativa. Asimismo, en el ámbito autonómico, el estudio se centra dos proyectos de ley de la Comunidad vasca: el Proyecto de ley sobre transparencia, participación ciudadana y buen gobierno y el Proyecto de ley sobre las disposiciones de carácter general en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, y que de

aprobarse están llamados a constituir el referente del impulso de la cultura de la calidad normativa en la administración pública vasca en el futuro.

HERNÁNDEZ RAMOS, Mario: «La respuesta del Tribunal Constitucional a los Decretos-Leyes en materia de derechos sociales. El criticable retroceso de la jurisprudencia constitucional», *R.V.A.P.* núm. 109-I. Septiembre-Diciembre 2017. Págs. 119-143.

El trabajo se inserta en la corriente temática, tan presente los últimos años en España, acerca del impacto de la crisis económica en los denominados derechos sociales. En concreto, se analiza la respuesta del Tribunal Constitucional a la utilización de los Decretos-Leyes en tiempos de crisis económica, y cuyo uso durante el periodo de la crisis, tras un análisis cuantitativo, ha sido más elevado que la media en todo el periodo democrático. En síntesis, el autor reprocha al alto tribunal la deferencia generalizada a los argumentos de relativos a la grave crisis económica, los compromisos de estabilidad presupuestaria con la UE y razones similares, así como la limitación del juicio de constitucionalidad a parámetros formales, el presupuesto habilitante a partir de la exigencia de la definición explícita y razonada de la situación de «extraordinaria y urgente necesidad», y la existencia de una conexión de sentido entre ese presupuesto habilitante y las medidas contenidas en la norma de urgencia. Por contraste a esta débil argumentación jurídico constitucional, el autor pone de manifiesto el análisis material o de fondo de los votos particulares, referido a los límites constitucionales del legislador para conformar los derechos sociales, y que la mayoría, en un cambio de doctrina no explicitado (y, por ello, subrepticio) parece ignorar.

#### **(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.**

**(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).**

**(6) § Sectores Administrativos de Intervención. Derecho Administrativo económico (Aguas, Montes, Minas, Costas, Agricultura y pesca, Urbanismo y Ordenación del territorio, Medio ambiente, Energía, Telecomunicaciones, Patrimonio cultural, etc.).**

GONZÁLEZ BUSTOS, M.<sup>a</sup> Ángeles: «Marco regulador para la regeneración urbana», *R.V.A.P.* núm. 109-I. Septiembre-Diciembre 2017. Págs. 339-359.

En este estudio la profa. González Bustos enmarca las políticas de regeneración urbana en el desarrollo urbano sostenible, y de aquí que su propuesta trascienda del ámbito estrictamente urbano para alcanzar el medio circundante, lo que permitirá, según la autora, una regeneración integral. A partir de aquí, el estudio plantea los diversos ámbitos de la regeneración urbana: renovación de los barrios periféricos y degradados, la mayoría de ellos marginales que no cuentan con ningún valor histórico o artístico que justifiquen su mantenimiento (aquí la autora propone la demolición y reconstrucción de las zonas más degradadas y la rehabilitación del resto), rehabilitación de edificios con criterios de eficiencia energética con un menor consumo de energía y contaminación; y aumento de la calidad y seguridad del entorno urbano retornando a valores globales de colectividad que tan arraigados estaban hace unos años en los espacios públicos (calles, parques y jardines, plazas...). Para todo ello es indispensable tener una base jurídica adecuada, que es de la que se ocupa este interesante trabajo.

CUBERO MARCOS, José Ignacio: «Responsabilidad ambiental por el cese de la actividad: problemas actuales y necesidad de una regulación integradora», *R. V.A.P.* núm. 109-I. Septiembre-Diciembre 2017. Págs. 99-132.

En el actual panorama económico de crisis del sector secundario, cada vez más empresas cesan las actividades industriales, por lo que es de vital importancia el análisis de las repercusiones y consecuencias jurídicas que comporta el desmantelamiento o cese definitivo de tales actividades industriales, y a este objeto se ocupa este estudio, especialmente en lo que se refiere a la responsabilidad ambiental de los promotores cuyas actividades industriales generaron impactos en elementos del medio físico. Ahora bien, sin perjuicio del procedimiento para iniciar la reparación, este estudio se ha centrado en algunas lagunas jurídicas o controversias que pueden suscitarse con motivo del cese de la actividad y de la apertura del procedimiento de responsabilidad medioambiental recogido en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, tales como la determinación del daño, los daños históricos o acumulativos y la responsabilidad del operador, subrayando la relevancia de la información acerca de la situación originaria del elemento ambiental.

Asimismo, se analizan los permisos y técnicas de intervención administrativa para conocer si establecen mecanismos que complementen, mejoren o desarrollen los remedios que ofrece la normativa sobre responsabilidad ambiental. Por último, debido a la incidencia de los posibles procedimientos sancionadores o penales que pudieran iniciarse por el hecho de que se ha ocasionado un daño al medio ambiente, en el estudio se presentan diversas propuestas que tienen por objeto dotar de un régimen unificado a la responsabilidad ambiental, al menos en aspectos técnicamente esenciales como las medidas a adoptar y su cuantificación.

**(7) § Varia.**

QUINTIÁ PASTRANA, Andrei: «El derecho a la vivienda y la dialéctica entre descentralización y recentralización», *R.V.A.P.* núm. 109-I. Septiembre-Diciembre 2017. Págs. 225-267.

Este trabajo se aproxima al impacto de la descentralización legislativa en el desarrollo del derecho a la vivienda, como derecho subjetivo cuya satisfacción es exigible ante los poderes públicos. En esta aproximación se adopta una perspectiva histórica de dicho desarrollo y se contrasta el modelo en el ámbito comparado (tomando como referencia Reino Unido y Escocia). Seguidamente se analiza el contenido de las normas autonómicas en materia de vivienda aprobadas en Andalucía, Canarias, Navarra, Cataluña, País Vasco. Asimismo, se analizan las iniciativas legales acometidas a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2015, de 14 de mayo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad formulado contra la ley andaluza de vivienda, en Aragón, Comunidad Valenciana, Extremadura y en Baleares (aún en fase de proyecto de ley, y que sería aprobado como Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears). En línea generales, el autor señala que, mientras las Comunidades Autónomas se han colocado en la vanguardia del proceso de subjetivación, generando instrumentos, procedimientos y acciones que, a pesar de sus carencias, dotan de exigibilidad al derecho, los poderes centrales se han mantenido en una posición más conservadora, llegando a frenar, en ocasiones, la iniciativa autonómica.

Se analiza la indicada STC 93/2015 del Tribunal Constitucional, en la que predomina una aproximación formal, desde la perspectiva del presupuesto habilitante (la extraordinaria y urgente necesidad) y los límites materiales de los decretos leyes, así como el reparto competencial en materia de vivienda y la hipótesis de la distorsión del mercado hipotecario (con posterioridad, el alto tribunal ha vuelto sobre esta temática en SSTC 16/2018, 32/2018, 80/2018 y 106/2018). Con todo, el autor considera que los marcos competenciales descentralizados han favorecido, hasta ahora, y podrían seguir favoreciendo en un futuro, la articulación de instrumentos que vuelven exigible el derecho a la vivienda ante la Administración Pública y los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

TORRES LÓPEZ, M. Asunción: «La publicidad directa al público de los medicamentos con receta: el justo equilibrio entre los beneficios y los riesgos», *R.V.A.P.* núm. 109-I. Septiembre-Diciembre 2017. Págs. 269-307.

En este estudio se analizan los riesgos y beneficios de hacer una publicidad directa al público de los medicamentos, en especial de los medicamentos que requieren una prescripción médica o medicamentos con receta. El marco jurídico establecido desde la Unión Europea (en la actualidad, en la Directiva 2001/83/CE, del Consejo y el Parlamento Europeo, de 6 de noviembre de 2001, que establece un código comu-

nitario sobre medicamentos de uso humano) gira en torno a la consecución de un uso racional de los medicamentos, para lo que se adoptan una serie de medidas como la prohibición absoluta de realizar publicidad de los medicamentos con receta, así como exigir ciertas condiciones a la actividad publicitaria cuyo objeto sea un medicamento sin receta. En la actualidad solo dos países permiten en su Derecho realizar dicha publicidad, los Estados Unidos de América y Nueva Zelanda. En tal sentido, la autora da cuenta en este artículo del modelo jurídico estadounidense, así como del debate doctrinal y la preocupación del poder público (la Administración de Alimentos y Medicamentos y la Comisión Federal de Comercio) sobre los riesgos y beneficios de esta actividad publicitaria.

De este modo, en este artículo se pone sobre la mesa de debate el conflicto entre dos bienes jurídicos dignos de protección, y cuál es o debe ser su nivel de protección: por una parte, el derecho a realizar publicidad y su consideración como derecho fundamental a la libertad de expresión o bien como derecho a la libertad de empresa; por otra parte, la protección del derecho a la salud; y hasta dónde alcanza la responsabilidad del Estado en cuanto a su intervención en la actividad privada con la justificación en el uso racional de los medicamentos. Además, se hace referencia a la valoración sustancial del derecho a la información del usuario de la publicidad y la exigencia de que esta actividad presente un justo equilibrio entre los beneficios y riesgos del medicamento que publicita. La conclusión, para la autora, es que la prohibición absoluta de la publicidad directa al público de los medicamentos con receta no está justificada, por lo que se debería permitir el ejercicio del derecho constitucional a la libertad de la empresa para publicitar sus productos, si bien, con las limitaciones necesarias en garantía del uso racional de los medicamentos.

GOIZUETA VÉRTIZ, Juana: «El acceso a la sanidad pública: transformaciones del modelo y límites constitucionales», *R.V.A.P.* núm. 109-I. Septiembre-Diciembre 2017. Págs. 171-194.

Se analiza en este trabajo el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y sus repercusiones sobre el colectivo de personas inmigrantes en situación de irregularidad administrativa. En concreto, el trabajo aborda esta norma desde una doble perspectiva. En primer lugar, la de la titularidad del derecho en tanto título legitimador que permite el acceso a la Sanidad Pública. En este sentido, el hecho de que el acceso al sistema público sanitario se vincule a la condición de asegurado conlleva la expulsión del Sistema Nacional de Salud de todo un colectivo de personas atendiendo al criterio de su situación administrativa en España. Y, en segundo lugar, desde la óptica de las implicaciones de la reforma



respecto al modelo de protección de la salud provocando la ruptura de la universalidad como principio rector que informa el acceso al ejercicio del derecho a la salud.

En síntesis, la autora considera que la situación de vulnerabilidad y precariedad económica en la que se encuentra el colectivo de los extranjeros en situación de irregularidad que quedan excluidos, por regla general, de la asistencia sanitaria pública gratuita colisiona con la asequibilidad que es parte del contenido mínimo del derecho a la salud, por lo que significa la ruptura de la universalidad del derecho a la salud. Con posterioridad a la publicación de este trabajo, se aprobó el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.



# RECENSIONES



## Recensiones

**ÁLVAREZ GONZÁLEZ , Elsa Marina (Dir.), Sanidad Transfronteriza y Libertad de Circulación. Un desafío para los lugares europeos de retiro, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, 406 págs.**

La percepción de la libertad de circulación como una característica innata al territorio de la Unión Europea se manifiesta hoy como una idea asumida prácticamente por la totalidad de la sociedad europea.

La consolidación de este derecho en sus distintas variantes (personas, servicios, mercancías, capitales y establecimiento) y el interés por garantizar su efectivo ejercicio, han servido de justificación para que el legislador europeo haya incorporado de manera gradual un sistema de protección de la salud de las personas con movilidad transfronteriza, que lejos de intentar establecer un sistema de protección sanitaria integral y unificado, nace sin mayor pretensión que la de asegurar el ejercicio de la libertad de circulación de las personas o la libre prestación de servicios.

Así, el ámbito de aplicación de este derecho ha alcanzado parcelas tan importantes como la sanidad, siendo ejemplo de ello la transposición por el Estado español de la Directiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, que sin llegar a implicar el reconocimiento de un sistema sanitario europeo, reconoce el derecho de acceso a la asistencia sanitaria que tienen los ciudadanos fuera de su país de origen o de residencia, ya sea por motivos laborales o con la única pretensión de recibir un tratamiento médico.

La nueva regulación presenta varias novedades, como la consideración en la prestación de la asistencia sanitaria de dos nuevos agentes, las Comunidades Autónomas, cuya responsabilidad se ve ampliada, y por otro lado, las clínicas privadas. Este nuevo sistema, permitiría la libre opción entre sistema público o privado por parte del beneficiario de la prestación. Fenómeno, que concede la posibilidad de que los pacientes (asegurados) puedan decidir libremente si se operan o reciben un tratamiento determinado en España o en otro Estado comunitario, sea el servicio público o privado, sin necesidad de autorización y con cargo al servicio nacional de salud del Estado de origen.

Entre las consecuencias más significativas, la obra llama la atención sobre los efectos que se podrían derivar de la implantación de este modelo, pues inspira, bajo la denominación de la asistencia sanitaria transfronteriza, un turismo sanitario con

cargo al sistema público. Situación que está desembocando en una progresiva mercantilización del sistema sanitario, cuyos efectos entran en una clara colisión con algunos de los principios que inspiran la Seguridad Social en España, tales como la igualdad o la universalización.

Además, esta nueva configuración jurídica incide de manera decisiva sobre un colectivo significativo de la población, a los que los autores de esta obra les han otorgado la denominación de gerontoinmigrantes. Terminología que hace referencia, de forma innovadora, a la movilidad transfronteriza de jubilados provenientes principalmente de otros Estados de la Unión Europea, con la finalidad de establecerse en nuestro país atraídos por las condiciones que presentan algunos municipios calificados como Lugares Europeos de Retiro.

Esta obra se publica, por tanto, en un momento en el que es especialmente necesario un análisis exhaustivo y sistematizado de una normativa en materia sanitaria caracterizada por la confusión y la dificultad en su interpretación. Con ello, se nos ofrece un estudio detallado que analiza, desde un prisma multidisciplinar, aquellas particularidades que presentan la titularidad y el ejercicio del derecho a las prestaciones sanitarias, con una especial atención a un colectivo que cuenta con una intensa presencia en nuestro país, y a los que los efectos del Brexit le otorgan un horizonte jurídico difuso e incierto en cuanto a aspectos tan llamativos como las prestaciones sanitarias: los gerontoinmigrantes.

Los retos y desafíos que plantea el nuevo régimen jurídico vigente en materia sanitaria son abordados en su totalidad a lo largo de esta monografía, tratando aquellos aspectos que resultan básicos para obtener una visión omnicompreensiva de esta realidad. Así, esta obra dedica un estudio a cuestiones tan interesantes como la incidencia del Brexit en las prestaciones sanitarias transfronterizas (Capítulo I), la autonomía relacional como instrumento para prevenir la vulnerabilidad de los ciudadanos (Capítulo II), la necesidad de reconocimiento de una carta común de derechos de los pacientes, con especial atención a los derechos al final de la vida (Capítulos III y IV), el estudio del marco jurídico de la sanidad transfronteriza (Capítulo V) o el reconocimiento de las recetas médicas (Capítulo VI). Así mismo, la obra contempla un estudio sobre aspectos que inciden en el ámbito económico-financiero, tales como el copago de medicamentos (Capítulo VII) o el reembolso de gastos (Capítulo VIII), y finaliza con un capítulo dedicado a aspectos jurídico-procesales, como son la determinación del tribunal competente y de la ley aplicable a las reclamaciones contractuales o extracontractuales derivadas de las prestaciones sanitarias de carácter transfronterizo.

En definitiva, esta monografía se configura como una obra de referencia para la comprensión del fenómeno sanitario transfronterizo, pues no se detiene única-

mente en identificar con claridad aquellos aspectos problemáticos presentes en la materia desde una perspectiva multidisciplinar, sino que concluye aportando soluciones concretas e innovadoras, lo que otorga al estudio un carácter eminentemente especializado, completo y riguroso.

Adriana Antúnez Sánchez  
Dpto. de Derecho Público  
Área de Derecho Administrativo  
Universidad de Málaga

**La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional. Francisco L. Hernández González. Ed. Aranzadi, 2018**

“Las concesiones de servicios públicos están sufriendo la mayor crisis de su historia”. Con esta afirmación, Francisco L. Hernández González resume los cambios experimentados por la concesión de servicios como consecuencia de la transposición de la cuarta generación de Directivas de contratación pública de 2014.

Esta obra del prof. Hernández contribuye a la compleja labor de integrar el Derecho europeo con la tradición jurídica española; objetivo que supera con creces, no solo por arrojar luz sobre los problemas que giran en torno a la nueva configuración de la concesión, sino por la profundidad y claridad con que se dilucidan todas las cuestiones analizadas. Ello da buena muestra del conocimiento y experiencia que el autor tiene sobre la materia.

La jurisprudencia europea primero, y las Directivas después, han ido dando una nueva configuración a las concesiones. Recientemente, esos cambios se han integrado en el ordenamiento español por medio de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas europeas –LCSP/2017–. Esta norma suprime el contrato de gestión de servicios públicos y crea el contrato de concesión de servicios. Lo relevante de este cambio se encuentra en que ya no se atiende a la naturaleza de la prestación, ni a sus destinatarios para diferenciar la concesión de servicios del contrato público de servicios, sino al riesgo de explotación derivado de la operación, esto es, al riesgo operacional.

Como se puede observar, la normativa europea ha abocado al legislador español a asumir el concepto europeo de concesión y a relegar a un segundo plano el objeto del contrato. De esta forma, se rompe con la tradición española, lo que, en palabras del autor, permite hablar de un “nuevo contrato de concesión de servicios –que reemplaza al viejo contrato de gestión de servicios públicos–, cuyo objeto ya no se limita de forma exclusiva a la prestación de servicios públicos”.

Para comprender estos cambios y sus consecuencias, el libro se estructura en tres partes. La primera parte, estudia la evolución de la concesión de servicios públicos en el ordenamiento español. El fin es conocer los cimientos de la institución, sobre todo, desde el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 1955, para que ello permita comprender el presente y afrontar futuro. Esta parte consta de tres capítulos: en el capítulo primero se analiza el auge y crisis de la concesión de servicios públicos durante el siglo XX. Se examina cómo la concesión sobrevive a los procesos de municipalización y nacionalización de mitad de siglo, así como a las liberalizaciones de grandes servicios públicos que se produjeron tras la incorporación



de España a la UE. En una etapa más reciente, el capítulo se centra en estudiar cómo la concesión afronta con incertidumbre la corriente remunicipalizadora que recorre la UE y que ha abierto un debate sobre la recuperación de la gestión directa de servicios locales básicos.

El capítulo segundo examina la configuración tradicional de la concesión de servicios públicos. Para ello, se delimita la concesión de otras figuras. Esto permite al autor explicar que la concesión se concibe como un contrato por el que se encomienda a un particular la prestación de un servicio público, que asume la organización del mismo a su riesgo y ventura, con independencia de cuál sea el modo de remuneración. Este análisis se hace, como es lógico, a la luz de la configuración legal y de las numerosas aportaciones jurisprudenciales que, entre otras cuestiones, determinan que la ejecución de la concesión va a estar sujeta a los principios de continuidad y regularidad del servicio –con el consiguiente mantenimiento del equilibrio financiero del contrato–, sin que por ello desaparezca el principio de riesgo y ventura.

El capítulo tercero, como cierre de la primera parte, se centra en explicar las técnicas de equilibrio financiero de la concesión de servicios públicos. Esto permitirá comprobar que, al margen de las diferencias propias de la prestación, la concesión de servicios públicos no se diferencia en esencia del contrato de obras públicas en lo referido a la aplicación a los terceros de compensación por ejercicio del *ius variandi*, riesgo imprevisible y *factum principis*.

La segunda parte, se ocupa del concepto de concesión de servicios en el Derecho europeo. El capítulo cuarto tiene por objeto la concesión de servicios en el período anterior 2014. En este sentido cabe distinguir dos etapas: la primera se basa en aplicar un criterio delimitador de las concesiones apoyado en la remuneración por los usuarios; y la segunda, se basa en la traslación del riesgo de explotación económica. Se aborda con detalle el concepto de riesgo de explotación, estableciéndose las diferencias con el riesgo y ventura.

El capítulo quinto analiza exhaustivamente la Directiva de concesiones de 2014, que positiviza el criterio de la transferencia del riesgo de explotación –denominado desde ahora riesgo operacional–. En esta parte del libro se estudian las siguientes características: riesgo operacional de naturaleza económica, riesgo de resultado vinculado a la demanda y/o al suministro, riesgo no meramente nominal o desdeñable y riesgo incierto, pero previsible. De ello cabe destacar que el legislador nacional no se limita a recoger la jurisprudencia del TJUE, cuyo criterio solo contemplaba el riesgo de demanda, sino que también incluye el riesgo de oferta.

La tercera parte del libro estudia la transposición de la Directiva de concesiones en el Derecho español. En concreto, el capítulo sexto se centra en la evolución de la aplicación de la Directiva que, en primer lugar, tuvo valor interpretativo, poste-

riormente tuvo efecto directo y, finalmente, se ha integrado en el ordenamiento por medio de la LCSP/2017. Se presta especial atención a cómo antes de la aprobación la nueva legislación de contratación pública, los tribunales administrativos de recursos contractuales se hicieron eco de la jurisprudencia del TJUE, transformando la mayor parte de los contratos de gestión de servicios públicos en contratos de servicios, convirtiendo a aquel en un contrato residual.

Por último, el capítulo séptimo examina el concepto y régimen jurídico del nuevo contrato de concesión de servicios en la LCSP/2007. En esta parte destaca el análisis del concepto de riesgo operacional en la legislación nacional, que es tan impreciso como en la Directiva y no resuelve las dudas sobre su naturaleza. Esto lleva al autor a analizar cuestiones como el régimen retributivo, el plazo de duración o el restablecimiento del equilibrio económico. En relación con el régimen jurídico, el análisis se centra en las diferencias entre concesiones armonizadas, concesiones no armonizadas y concesiones excluidas del ámbito de aplicación de la ley.

Finalmente, el autor hace unas reflexiones en las que hace balance de las cuestiones analizadas y formula algunas propuestas entre las que destaca la necesidad de hacer una interpretación más flexible del riesgo operacional que permita a la concesión de servicios recuperar parte del protagonismo que ha perdido.

En fin, el libro del profesor Hernández González analiza los pormenores de la concesión de servicios y su nueva configuración, prestando especial atención al impacto que ha causado la introducción del criterio del riesgo operacional. Estamos, por tanto, ante una obra de extraordinario interés, llamada a convertirse en referencia obligatoria para todo aquel que quiera conocer en profundidad el nuevo régimen de la concesión de servicios.

Claudia Hernández López

Profesora Ayudante Dra. de Derecho Administrativo.

Universidad de La Laguna

**NAVARRO GONZÁLEZ, Rocío:** *La motivación de los actos administrativos*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2017, 558 págs. Prólogo de Eduardo Gamero Casado.

A pesar de la centralidad de la motivación en la teoría general del acto administrativo y de su omnipresencia, como pocas otras instituciones jurídico-administrativas, en la práctica administrativa y forense, sorprendentemente no ha sido apenas objeto de estudios monográficos. Debemos remontarnos a la célebre obra del prof. Marcos M. Fernando Pablo, *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993, contemporánea a la Ley 30/1992, y más atrás a la monografía de J. L. de la Vallina Velarde (1967), a partir de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Pues bien, esta orfandad ha sido colmada con creces con el estudio de la profa. Rocío NAVARRO GONZÁLEZ, del que demos cuenta en esta reseña y que, como sucedía con las obras precedentes, llega oportunamente, pues es contemporáneo a una nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común.

Ciertamente se podrá decir que la lacónica regulación de la motivación contenida actualmente en la Ley 39/2015 sigue el molde que ya estableciera la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (hecho que permite a la autora hablar de «apatía del legislador»), pero aun siendo esto innegable, no es menos cierto que el contexto jurídico-constitucional ha cambiado por completo. A tal objeto, la autora entronca la institución con los principios constitucionales que prefiguran la Administración pública. Asimismo, es evidente que la jurisprudencia ha evolucionado espectacularmente, sobre todo, desde los años 90. Consciente de ello, la autora ha llevado a cabo un ímprobo esfuerzo de estudio jurisprudencial que le ha permitido inducir los criterios que reformula en este sólido trabajo.

La obra se sistematiza en seis Capítulos, si bien debe advertirse que, como indica el prof. Gamero Casado en el prólogo, las distintas partes de la obra están tan íntimamente relacionadas que la verdadera dimensión de la misma no se percibe hasta su comprensión total.

En el Capítulo I (Concepto, naturaleza y encuadre normativo de la motivación) la autora parte de la concepción tradicional de la institución como elemento del acto administrativo (la conocida dualidad de requisito formal y material) y su función, para más adelante trascender esta visión y, desde una perspectiva sistémica, enmarcar la figura de la motivación (siguiendo en parte a J. Ponce Solé) en la institución del procedimiento, entendido como noción global de la actuación administrativa. Con todo, cabría apuntar, por nuestra parte, si el actual derecho a la buena administración permite ir más allá de la motivación como deber de la Administración, y hablar de un derecho subjetivo a la motivación (lo que comportaría la prelación de la noción técnica de obligación, sobre la de deber legal). Desde el punto de vista del marco

legal, la autora considera que una regulación más detallada de la motivación reforzaría los derechos procedimentales de los administrados, así como una aplicación más transparente y eficaz de las normas y un mejor control de la actuación administrativa por los tribunales.

En el Capítulo II (Principios jurídicos y finalidades a las que sirve la motivación), la autora hace trascender el deber legal de motivación del mero positivismo legal, entroncando la institución con principios generales del Derecho Público, como la seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad o el de proporcionalidad (y, añadiríamos, los principios de igualdad de trato y de tutela judicial). Pero también con principios específicos del ámbito administrativo, como son los principios de buena administración y de transparencia (más dudosa, en nuestra opinión, sería la dimensión del deber de motivar como técnica de simplificación administrativa). Así, y enlazando con la dimensión procedimental de la motivación ya indicada, la autora subraya cómo la motivación es una pieza clave para la efectividad de la transparencia procedimental, debiéndose significar, como se ocupa de demostrar la autora, que no siempre el beneficiario de la motivación es un único destinatario. Piénsese en los procedimientos de selección y adjudicación de contratos públicos, de los que se ha ocupado la propia autora (*Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 106, 2016, págs. 69-108).

En el Capítulo III (Requisitos de la motivación) se desentrañan y reconstruyen los elementos de la institución, tanto formales (suficiencia, congruencia, empleo de frases genéricas y signos numéricos como peculiaridad de algunas motivaciones), como los requisitos de contenido (presupuesto de hecho, fin y, sobre todo, los motivos como parte fundamental del contenido de la motivación). Todo ello con manejo de abundante jurisprudencia, temática en la que reaparece (si es que se fue alguna vez) con fuerza la tensión entre transparencia y confidencialidad (en particular, debido a la protección de datos personales). La conclusión a la que se llega es que la presentación de la motivación «no siempre se ajusta a esquemas formales, taxativos y cerrados, debido a su capacidad permanente de adaptación a las circunstancias variables de cada asunto, como puede ser el contenido y el contexto, que permiten que tanto su alcance como el rigor en el cumplimiento de los diferentes requisitos, unas veces se intensifiquen y otras se atenúen».

Se cierra el capítulo con la atención a determinados aspectos subjetivos de la motivación, tales como la colaboración de órganos auxiliares con el órgano que cumple la motivación (se citan los casos de procedimientos de selección de personal, procedimientos de contratación y de evaluación de impacto ambiental), así como el tratamiento de las peculiaridades que la colegialidad impone al deber de motivación

(con crítica a la jurisprudencia que ha querido ver en la colegialidad una causa de exoneración del deber de motivar).

El Capítulo IV, el más extenso con diferencia, se dedica a los actos administrativos que deben motivarse, a partir del conocido elenco legal. No podemos detenernos, por razones obvias, en el exhaustivo examen que el estudio lleva a cabo de cada supuesto legal (es particularmente interesante el análisis de la motivación en los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva). Baste señalar que la autora considera que de la presentación de tales supuestos en la ley, tanto de una forma agrupada en el artículo 35, como de una forma dispersa a lo largo de su articulado, se infiere que, aunque la ley parte del principio de innecesariedad de la motivación de los actos administrativos, se invierte en la práctica la excepción de motivar en la regla general ante la extensión y variedad de los supuestos legales.

El Capítulo V (La articulación del deber de motivación) trata fundamentalmente de las modalidades de la motivación. Si como señala acertadamente el prof. E. Gamero Casado en el prólogo de la obra, el problema ya no parece ser tanto «qué» motivar, como «cuánto» (con qué intensidad) y «cómo» hacerlo, es evidente la centralidad de este Capítulo junto al tercero de la obra. Así, la autora analiza en profundidad la motivación por remisión o *in allunde*, y su flexibilización por la jurisprudencia (al no exigir la explícita transcripción literal de los informes o dictámenes). Como bien deja constancia la autora, la funcionalidad de la institución «puede verse tambaleada por una serie de interferencias que interrumpirían su plena operatividad, como la denegación expresa del derecho de acceso y la omisión del trámite de audiencia, siendo aconsejable en ambas situaciones el traslado del informe o dictamen junto con la resolución administrativa adoptada, garantizando así que el interesado tenga finalmente constancia de las razones que justifican dicha decisión», todo lo cual nos lleva a discrepar de la indicada jurisprudencia, que en el fondo no hace sino banalizar la exigencia legal, al tiempo que traslada al administrado la carga de solicitar el acceso al expediente para conocer las razones de la Administración, y sin que esté claro que tal solicitud suspenda el plazo de preclusión del recurso correspondiente.

El VI y último Capítulo está dedicado al incumplimiento de la motivación y sus consecuencias. La autora expone el tratamiento tradicional tanto en caso de manifestación defectuosa como de ausencia misma de motivación, como vicio de mera anulabilidad, condicionado a que se haya generado indefensión al interesado, y cuya declaración puede ir acompañada de una orden de retroacción de actuaciones, así como vicio susceptible de ser subsanado, mediante su convalidación. Con todo, estimamos que sería oportuno vincular el deber de motivación con la técnica del silencio desestimatorio, pues éste es con toda probabilidad la principal causa de incumplimiento del deber legal de motivar los actos y ello sin consecuencia alguna,

pues la jurisprudencia española considera que no cabe alegar como vicio del acto presunto su (evidente) falta de motivación.

Es de todos sabido que dedicar el estudio a una institución de la parte general del Derecho Administrativo requiere un esfuerzo extra, al tiempo que entraña no pocos riesgos. Pero se puede afirmar que en este caso el esfuerzo, que es palpable, ha sido fructífero, pues estamos ante una de esas obras hechas para perdurar muchos años, lo cual en nuestra disciplina es decir mucho.

Severiano Fernández Ramos

---

**Seth M., Siegel:** *Hágase el agua. La solución de Israel para un mundo hambriento de agua*, Nagrela editores (Alcobendas), 2017 Año: ISBN: 978-84-943790-4-8

Los pronósticos en relación a la evolución inmediata de los problemas ligados a la escasez de agua en el mundo son sombríos. Por ello, representa una gota de esperanza la aparición de relatos como el presente que nos iluminan sobre las posibilidades reales de mejorar la gestión de los recursos hídricos aplicando buenos principios reguladores, la mejor tecnología y, sobre todo, la educación en la necesidad de proteger los recursos de agua.

El libro de Seth M. Siegel, abogado y ensayista, que cuenta con un saludo de Shimon Peres, ex Presidente del Estado de Israel y Premio Nobel de la Paz en 1994, y un prólogo a cargo de Juan Manuel Santos, ex Presidente de Colombia e igualmente Premio Nobel de la Paz en 2016, nos brinda la oportunidad de conocer la emblemática experiencia del Estado de Israel para mitigar las calamidades hídricas que se avecinan.

La obra se estructura en una introducción (“Se avecina una crisis mundial del agua” –pp. 1-8) y cuatro partes. En la primera (“La creación de una nación centrada en el agua” –pp. 11-51) se recuerdan los orígenes del propio Estado de Israel y la acuciante necesidad de agua para la viabilidad del proyecto sionista. En efecto, la Ley de Asuntos Hídricos de 1959 había centralizado la titularidad y el control del agua y la apertura del Acueducto Nacional en 1964 permitió regar el desierto del Néguev con el consiguiente florecimiento de los kibutz. La segunda (“La Transformación” –pp. 55-145) nos describe el proceso, no exento de conflictos y de la oposición de conspicuos detractores, de desarrollo de las modernas técnicas de riego por goteo y de las investigaciones sobre cultivos y semillas que necesitan menos agua. Especialmente relevantes resultan sus capítulos 5 (“Transformando los residuos en agua” –pp. 77-97) y 6 (“Desalinización: ciencia, ingeniería y alquimia” –pp. 99-126) donde se da cuenta del envidiable proceso de investigación y desarrollo de las tecnologías de reutilización y desalinización. La sabia combinación de estos elementos permite al autor afirmar que “el buen desarrollo económico del país, que se mantuvo estable durante años, seguirá sujeto a los efectos de las distintas coyunturas comerciales y de la competencia global, pero la escasez de agua no será un obstáculo para el crecimiento de la industria, el turismo o la agricultura” (p. 122). En concreto, esta última actividad aporta un 2,5 por ciento del PIB de Israel y, como en muchos otros países, constituye un sector que además de representar una esencial fuente de riqueza contribuye a satisfacer, mediante el aporte de alimentos, otras importantes funciones sociales que fundamentan la estabilidad socioeconómica del país.

De este modo, la buena gestión de sus escasos recursos hídricos proporciona múltiples beneficios. Así, la delicada situación ambiental se ve aliviada de manera decisiva por la aparición de nuevos caudales que permiten dejar circular mayor

cantidad de agua por los ríos. Estas nuevas fuentes contribuyen además a resolver un problema de gran magnitud: “los acuíferos del país corrían un gran riesgo de sobreexplotación” (p. 123).

Un importante beneficio intangible que surge de este aumento del abastecimiento gracias a las nuevas fuentes de agua en Israel consiste en la profundización de la cooperación con los países vecinos. Según lo previsto por el *Tratado de Paz* de 1994 con el Reino de Jordania y los *Acuerdos de Oslo II* con la Autoridad Nacional Palestina de 1995, Israel abastece a ambos de agua. En la medida en que el cambio climático, el crecimiento de la población o la prosperidad generen a los palestinos o a Jordania una mayor necesidad de recursos hídricos, la capacidad que tiene Israel de producir mayores volúmenes de agua desalinizada le permitirá posicionarse como un respaldo para los países vecinos hasta que estos desarrollen sus propias fuentes alternativas de agua o hasta que de manera harto improbable mejoren los patrones climáticos. Para el autor “la interdependencia de las partes involucradas generará nuevas oportunidades de convivencia y, posiblemente, también sirva como preludio de un acercamiento” (p. 124).

Por otra parte, el *Acuerdo de la Guerra de los Seis Días* supuso la toma de control por Israel de los Altos del Golán, que desde entonces forman parte de su zona de reserva estratégica. Con ello, también pasó a controlar los afluentes del Jordán, un beneficio adicional para aquel país y su seguridad hídrica. Si bien los Altos del Golán constituyen un territorio en disputa con Siria, señala SIEGEL que “resulta poco probable que Israel renuncie a estas valiosas tierras elevadas sin contar tanto con garantías de seguridad como con claridad respecto de los derechos sobre el agua del río” (p. 140). Posteriormente en esta misma obra el autor aborda más en profundidad algunos de los aspectos hídricos del conflicto árabe-israelí y analiza posibles soluciones cooperativas como el *Proyecto de Conducción Mar Rojo-Mar Muerto* (pp. 169-191).

Toda esta evolución ha requerido de muchos esfuerzos y algunos hechos dramáticos evidenciaron la necesidad de cambiar el rumbo de las decisiones en materia de aguas. En concreto, como se nos relata en el capítulo 7 (“Renovación del agua de Israel” –pp. 127-145), a partir de la tragedia que supuso el hundimiento en 1997 del puente sobre el río YARKÓN y el subsiguiente descubrimiento de los efectos letales de su contaminación, Israel toma conciencia de la necesidad de proteger sus ríos. En efecto, aunque los pioneros sionistas celebraron con reverencia el regreso a la tierra bíblica de Israel “las presiones económicas siempre tuvieron preeminencia sobre las ambientales, especialmente con anterioridad a que la conservación de los ríos fuera una preocupación importante en cualquier lugar del mundo. La vitalidad económica del país llegó mucho antes que su bienestar ambiental” (p. 130). Por ello, el autor nos describe el estado calamitoso de los cursos de agua naturales y los efectos adversos



tanto de la concentración urbana y de los usos agrícolas e industriales, como del trasvase que supuso el *Acueducto Nacional*. Desde el punto de vista legal, los ríos de Israel estaban protegidos por una serie de leyes, desde la *Ley de Recursos Hídricos* de 1959 hasta la normativa integral sobre ríos y cursos de agua de 1965. Pero al margen de la existencia de legislación, “los ríos se explotaban por su valor práctico” (p. 130 – en nota 12 da cuenta también de la aprobación en 1965 de la *Ley de Autoridades de Arroyos y Cuerpos de Agua* y en 1957 de la *Ley de Drenaje y Control de Inundaciones* que no estaban centradas en la ecología de los ríos, pero sí hubieran podido aportar algún grado de protección frente a su degradación y contaminación).

La creación de la *Autoridad del Río YARKÓN* en 1988 supuso la aprobación de un plan de rehabilitación que ha supuesto una “historia de éxito” (pp. 131-133) que debe servir de modelo para otros ríos. Así, en 1996 se crean once *Autoridades de Río* como organismos independientes siguiendo aquel modelo (p. 134). Quizás la transformación más espectacular es la que ha logrado crear un lago en el desierto en la ciudad de BEERSEBA (pp. 133 y ss).

La tercera parte, titulada “El mundo más allá de las fronteras de Israel” (pp. 149-226) lo describe como “nación de emprendedores”. Entre las razones que justifican el éxito en el sector de las industrias tecnológicas destaca la importante inversión en I+D, muy superior incluso a la de muchos países desarrollados, y que ha dado sus frutos: “dichas habilidades en el área de investigación y el desarrollo, así como la mentalidad emprendedora, también se aplicaron al agua. El antiguo paradigma, imperante hasta hace pocos años, planteaba que, si se necesitaba más, simplemente se debía agregar mayor capacidad. Perforar más, bombear más y colocar más tuberías. El nuevo paradigma radica en aumentar la eficiencia en el uso del agua: hacer que cada gota cuente y volver a utilizarla tantas veces como sea posible. Para cambiar la forma de pensar en ese terreno y pasar de una cuestión de escasez de recursos a una de innovación científica –especialmente en industrias conservadoras como la agricultura, las empresas de servicios y la infraestructura- es necesario tener empresarios y una cultura que cuestione el conocimiento convencional” (p. 155).

Además, esta mentalidad permite desarrollar lo que SIEGEL denomina en el capítulo 10 de su libro “La hidrodiplo-macia. Israel usa el agua para el compromiso global” (pp. 193-213). De este modo, *China* vio en Israel un modelo de cómo podría gestionar sus recursos hídricos a pesar de las disparidades geográficas, culturales y políticas (pp. 194 y ss.). Lo mismo sucedió con *Irán* hasta el triunfo de la revolución de 1979 (pp. 198 y ss.) y la *India* con un impresionante potencial de desarrollo (pp. 208-210). En relación al continente africano, “desde fines de la década de 1950 Israel comenzó a compartir sus técnicas de riego y agua con países menos desarrollados, con un énfasis inicial en África” (p. 204). Quizás de las experiencias más interesantes

es la de la ONG israelí «*Innovation: Africa*» que mantiene desde Tel Aviv los sistemas de riego y abastecimiento de agua de cientos de aldeas africanas empleando modernas tecnologías (pp. 211-213).

La necesidad de adaptar los modos y las técnicas de gestión, la filosofía y la política también, a un inminente futuro condenado a la escasez de agua permite a Seth M. SIEGEL referir la experiencia brasileña y, sobre todo, californiana. En el capítulo 11 (“Nadie está exento. California y el peso de la opulencia –pp. pp. 215 y ss.) se analiza la urgente necesidad de emprender cambios profundos a nivel global para detener la inminente crisis. El autor constata que “a menudo las empresas de servicios y los agricultores de sociedades ricas tardan en innovar en lo referente al control y uso del agua. De la misma manera, aun cuando los líderes gubernamentales vieron los primeros destellos de los problemas hídricos hace años, pocos impulsaron con vehemencia cambios profundos para detener la crisis. Mientras todo parecía funcionar más o menos como siempre, nadie sintió la necesidad de exigir que el agua tuviera un precio cercano a su coste real ni tampoco de pedir sacrificios modestos a los votantes y a los empresarios. Si los ciudadanos y la industria no tenían interés en buscar cambios... los funcionarios electos tampoco se interesaban en imponerlos” (p. 216).

La crisis hídrica global ha empezado a manifestarse en *Brasil*, donde a comienzos de 2015 sufrieron frecuentes problemas de abastecimiento en su zona más desarrollada y donde muchas personas emigraron a otras zonas del país por lo que se les conoce como “refugiados del agua” (en pp. 217 y ss. nos relata la “pesadilla brasileña”), y en *California* con la declaración del estado de emergencia hídrica por el gobernador en 2014. Con este Estado norteamericano Israel ha establecido acuerdos de cooperación entre universidades y empresas de ambos países en materia, entre otras, pero de modo prioritario, en materia de agua (pp. 218-222). Otros Estados norteamericanos como *Texas* sufren también cíclicas sequías que, de modo creciente, les obligan a adoptar medidas de ahorro y eficiencia en el consumo del agua. En este panorama, Israel nos aparece como un modelo a imitar no sólo por la utilización de la más moderna tecnología sino, sobre todo, por su cultura y su convicción en la necesidad de un uso ahorrativo e inteligente del agua.

Se comparten en este sentido las afirmaciones de Seth M. SIEGEL en relación al impacto de la actividad agrícola sobre las necesidades hídricas cuando evidencia que “la exportación de productos agrícolas constituye, en cierto modo, la exportación de agua, aun cuando los consumidores extranjeros crean estar comprando frutas, vegetales o nueces. Cuando el agua se considera un recurso gratuito o inagotable, los agricultores tienen poco incentivo para prorratear su coste en el de la exportación. Pero cuando el suministro escasea, se convierte en una cuestión de política analizar si tiene sentido cultivar para la exportación –por lo menos, hasta que se encuentren y

garanticen nuevos recursos hídricos. Extraer lo que en gran medida constituye agua no renovable de un acuífero ya sobreexplotado y, en consecuencia, poner en riesgo el futuro hídrico de un Estado, región o país para el beneficio a corto plazo de la venta obviamente no tiene sentido. Sin embargo, es lo que ocurre en zonas de California, y alrededor del mundo” (p. 221).

En la cuarta y última parte del libro (“Cómo lo hizo Israel” —pp. 229-243) el autor sintetiza la filosofía rectora de la política y gestión del agua en Israel y enumera de modo sintético los principales elementos que constituyen la clave para entender la filosofía y el éxito de aquel país en la gestión de un recurso tan escaso. El libro finaliza con un amplio apartado de agradecimientos (pp. 245-256) para dar cuenta de muchas de las aportaciones que realizaron políticos, ingenieros, gestores, entre otros expertos, en las muchas entrevistas personales que realizó (afirma el autor que “en total, entrevisté a más de doscientas personas para el libro, a muchos de ellos más de una vez” —p. 245. Nos proporciona la relación de entrevistados en pp. 248-256), además de llamadas telefónicas, intercambio de *mails*... La obra se cierra con una referencia bibliográfica seleccionada (pp. 257-267) donde el lector podrá encontrar abundantes referencias a los interesantes aspectos jurídicos tratados en el libro.

En conclusión, el libro de Seth M. SIEGEL representa un apasionante y apasionado relato sobre la crisis hídrica global que adviene y la enseñanza que podemos obtener de la experiencia de Israel que aproximadamente en un corto periodo de diez años pasó, al comenzar el presente siglo, de la escasez de agua y del miedo a la sequía a la abundancia del recurso y la independencia de las condiciones climáticas mediante la aplicación sistemática de las técnicas de desalinización y de reutilización de aguas residuales, además de mediante la aplicación de estrictas medidas de ahorro en los usos agrícolas, urbanos e industriales. Este cambio drástico, subraya el autor, “fue posible gracias a los anteriores setenta años, periodo en el cual un plantel de ingenieros, científicos y políticos brillantes desarrolló la experiencia, la tecnología y la infraestructura hídrica del país. Estos líderes y visionarios adoptaron una filosofía pragmática respecto del agua que sirvió de directriz para aquellos que los sucederían” (p. 229).

Un libro pues sugerente cuya lectura nos invita a seguir reflexionando sobre la crisis hídrica mundial que se está gestando y nos anima a profundizar en la exigencia de adoptar soluciones pragmáticas y sostenibles, abandonando prejuicios y falsos eslóganes que no hacen sino ocultar la inercia de intereses establecidos y la falta de visión política en relación a las necesidades hídricas del inmediato futuro.

Santiago M. Álvarez Carreño

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Murcia



# BIBLIOGRAFÍA



## **Bibliografía sobre derecho autonómico septiembre – noviembre 2018**

AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Urbanismo de las Illes Balears* (Dir. Avelino Blasco Esteve y Jaume Munar Fullana), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. ISBN: 978-84-9190-383-3.

AA.VV.: *La Solución de Litigios Deportivos en el Ordenamiento Jurídico Andaluz* (Coord. Antonio Millán Garrido), Ed. Reus, Madrid, 2018. ISBN: 978-84-2902-076-2.

AA.VV.: *Sistema fiscal español: impuestos estatales, autonómicos y locales* (Coords. Gaspar de la Peña Velasco, Ramón Falcón y Tella, Miguel Ángel Martínez Lago), Ed. Iustel, 8ª edición, Madrid, 2018. ISBN: 978-84-9890-354-6.

AA.VV.: *Retos y Nuevas Perspectivas de la Participación Pública* (Coords. Marta Lora Tamayo-Vallvé), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. ISBN: 978-84-9169-843-2.

CASTELLÀ ANDREU, J. M.: *Estado Autonómico: Pluralismo e Integración Constitucional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018. ISBN: 978-84-9123-524-8.

GIFREU FONT, A.: *La implantació de l'energia èolica terrestre a Catalunya*, Ed. Atelier, Barcelona, 2018. ISBN: 978-84-1746-622-0.

ORTOLA SEGUÍ, M.: *El procedimiento sancionador y su aplicación a la normativa de protección animal autonómica*, Ed. Thomson Reuters – Civitas, Pamplona, 2018. ISBN: 978-849152-978-1.

SEPÚLVEDA MUÑOZ, I.: *Nación y Nacionalismos en la España de las Autonomías*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018. ISBN: 978-84-3402-494-6.

VÁZQUEZ ALONSO, V. J.: *Derechos, Federalismo y Justicia Constitucional en USA. A la luz del Obamacare*, Ed. Comares, Granada, 2018. ISBN: 978-84-9045-681-1.

Javier E. Quesada Lumbreras  
Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad de Granada





## Artículos

La alteración de términos municipales en la reforma local de 2013: crónica de un fracaso anunciado <i>The alteration of municipal terms in the local reform of 2013: chronicle of an announced failure</i>	
ELOÍSA CARBONELL PORRAS .....	5-21
El municipio turístico de Andalucía: claves sustantivas de su nueva regulación <i>The tourist municipality of Andalucía: substantive keys of its new regulation</i>	
MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO .....	22-40
Análisis sobre la implantación del singular modelo de Cartas de Servicios en Cataluña <i>Analysis on the implementation of the unique model of Services Cards in Catalonia</i>	
MARÍA DEL MAR CARAZA CRISTÍN .....	41-59
Límites del principio de estabilidad presupuestaria respecto de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas españolas <i>Limits of the principle of budgetary stability with respect to the financial autonomy of the Spanish Autonomous Communities</i>	
CARLO ALBERTO CIARALLI .....	60-83

## Estudios breves

Crisis económica y protección de los derechos sociales en Europa. Reflexiones desde el ordenamiento italiano <i>Economic crisis and protection of social right in Europe. Reflections from the Italian perspective</i>	
GIANLUCA GARDINI .....	84-98
La potestad autonormativa en relación con los estatutos del personal de los parlamentos autonómicos <i>Autonomous authority in relation to the staff regulations of autonomous parliaments</i>	
RAFAEL CANO SILVA .....	99-109

## Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

De nuevo sobre los concejales no adscritos (a propósito de la sentencia del tribunal constitucional 151/2017, de 21 de diciembre) <i>Again on non-attached members of local government (the ruling of the constitutional court 151/2017, december 21)</i>	
LOURDES DE LA TORRE MARTÍNEZ .....	110-127
El arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) y su entramado jurídico: el avance de Uber, Cabify y la economía colaborativa <i>Vehicle rental with driver (VTC) and its legal implications. Uber, Cabify and the collaborative economy</i>	
NICOLÁS ALEJANDRO GUILLÉN NAVARRO .....	128-147
La inaudita STC 108/2017, de 21 de septiembre, sobre la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2015, de 10 de junio, de creación del municipio de Medinyà <i>The unprecedented Constitutional Court's Judgment no. 108/2017, of September 21, about Law of the Parliament of Catalonia 8/2015, of June 10, of creation of the municipality of Medinyà</i>	
MIQUEL PONS PORTELLA .....	148-164







I A A P