



# Revista Andaluza de Administración Pública

■ 115/2023  
Enero-Junio

## ESTUDIOS

*Luis Martín Rebollo*  
Sobre el derecho administrativo de nuestro tiempo: algunas tendencias

*María Jesús Gallardo Castillo*  
Las claves para entender y aplicar correctamente la doctrina de la pérdida de oportunidad: cómo, cuándo, cuánto y a quién se indemniza

*Antonio José Sánchez Sáez*  
La autorización de viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico en la ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía

*Asensio Navarro Ortega*  
La industria del dato y su relevante impacto en la publicidad y en el derecho de la competencia: nuevos instrumentos de intervención jurídico-administrativos

*M<sup>a</sup> Isabel López García*  
Plataformas digitales: ejes de su regulación en favor de la defensa de los derechos de los ciudadanos

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Propiedad versus biodiversidad (Perplejidades ante la doctrina argentina sobre la península de Magallanes)  
*(Fernando López Ramón)*

## CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

La regulación de los alcoholímetros antiarranque o alcolocks  
*(Manuel Izquierdo Carrasco)*

Formas de intervención administrativa en el urbanismo andaluz. Licencias, declaraciones responsables y comunicaciones previas.  
*(Salvador Martín Valdivia)*

El impacto de la entrada en vigor de la LISTA en el planeamiento general vigente y la inmediata implementación de instrumentos de ordenación detallada  
*(Sebastián Olmedo Pérez)*

## BIBLIOGRAFÍA







# REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**Nº 115**

---

---

**Enero - Junio 2023**

Revista semestral, 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**

ALFONSO PÉREZ MORENO. *Catedrático de Derecho Administrativo. (Presidente).*  
Alejandre Durán, María Luisa. *Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*  
Escribano Collado, Pedro. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*  
Flores Domínguez, Luis Enrique. *Secretario del Ayuntamiento de Sevilla.*  
Galán González, José Luis. *Catedrático de Organización de Empresas. Universidad de Sevilla.*  
Gutiérrez Colomina, Venancio. *Secretario de Ayuntamiento.*  
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.*  
Loaiza García, José. *Director del Instituto Andaluz de Administración Pública.*  
López Menudo, Francisco. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*  
López-Sidro Gil, Joaquín José. *Director General de Administración Local. Junta de Andalucía.*  
Márquez García, Natalia Silvia. *Directora General de Recursos Humanos y Función Pública.*  
Marrero García-Rojo, Ángel. *Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía.*  
Martínez Fernández, Julián. *Vicerrector de Investigación. Universidad de Sevilla.*  
Morillo-Velarde Pérez, José Ignacio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.*  
Ortiz Mallol, José. *Letrado de la Junta de Andalucía.*  
Pérez Naranjo, M<sup>a</sup> Gema. *Directora General de Estrategia Digital. Junta de Andalucía.*  
Pérez Pino, M<sup>a</sup> Dolores. *Jefa del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.*  
Roas Martín, Pedro. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*

### **Director:**

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

### **Secretario:**

ALEJANDRO ROMÁN MÁRQUEZ, *Profesor de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

### **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 Sevilla.*  
Carrillo Donaire, Juan Antonio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*  
Castillo Blanco, Federico. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*  
Escribano López, Francisco. *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Sevilla.*  
Fernández Ramos, Severiano. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Cádiz.*  
Gamero Casado, Eduardo. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.*  
González Rios, Isabel. *Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*  
Núñez Lozano, María del Carmen. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva.*  
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 Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla.*  
Vera Jurado, Diego. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*

**Consejo Científico.**

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

**Realización:**

Instituto Andaluz de Administración Pública

**Edita:**

Instituto Andaluz de Administración Pública

---

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

**Talleres:** Servicio de Publicaciones y BOJA

Suscripción anual (2 números): 36 euros. (IVA incluido)

Número suelto: 12 euros. (IVA incluido)

Pedidos y suscripciones: Instituto Andaluz de Administración Pública

Servicio de Documentación y Publicaciones

Calle Torneo núm. 26

41002 SEVILLA

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

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

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







# SUMARIO

Pág.

## ESTUDIOS

Luis Martín Rebollo <i>Sobre el derecho administrativo de nuestro tiempo: algunas tendencias</i>	17
María Jesús Gallardo Castillo <i>Las claves para entender y aplicar correctamente la doctrina de la pérdida de oportunidad: cómo, cuándo, cuánto y a quién se indemniza</i>	45
Antonio José Sánchez Sáez <i>La autorización de viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico en la ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía</i>	101
Asensio Navarro Ortega <i>La industria del dato y su relevante impacto en la publicidad y en el derecho de la competencia: nuevos instrumentos de intervención jurídico-administrativos</i>	153
M <sup>a</sup> Isabel López García <i>Plataformas digitales: ejes de su regulación en favor de la defensa de los derechos de los ciudadanos</i>	187

---

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Propiedad versus biodiversidad (Perplejidades ante la doctrina argentina sobre la península de Magallanes) <i>(Fernando López Ramón)</i>	217
---	-----

# CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

La regulación de los alcoholímetros antiarranque o alcolocks <i>(Manuel Izquierdo Carrasco)</i>	245
Formas de intervención administrativa en el urbanismo andaluz. Licencias, declaraciones responsables y comunicaciones previas. <i>(Salvador Martín Valdivia)</i>	265
El impacto de la entrada en vigor de la LISTA en el planeamiento general vigente y la inmediata implementación de instrumentos de ordenación detallada <i>(Sebastián Olmedo Pérez)</i>	333

---

# BIBLIOGRAFÍA

Rafael Jiménez Asensio, El legado de Galdós. Los mimbres de la política y su “cuarto oscuro” en España, Los libros de la catarata, 2023 <i>(Antonio Jiménez Blanco y Carrillo de Albornoz)</i>	381
David Almagro Castro y Enrique Díaz Bravo, Temas básicos de Derecho público, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023 <i>(Emilio Guichot Reina)</i>	389
José Alberto España Pérez, Desafíos regulatorios de la movilidad sostenible y su digitalización. Thomson Reuters Aranzadi, 2022 <i>(M<sup>a</sup> del Pilar Castro López)</i>	394
Roberto Galán Vioque (Dir.) et al., La Contratación Pública Sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público, Tirant lo Blanch, 2023 <i>(Nicole Chaves Amicet)</i>	398





# 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 la dirección raap@us.es o en papel, acompañados, en todo caso, de soporte electrónico a la Secretaría de la Revista, Facultad de Derecho, Avda. Enramadilla, 18-20, 41018. Sevilla.

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

## 3. NORMAS DE EDICIÓN

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

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

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

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

### 1. Epígrafe de segundo nivel, en negrillas

A. Epígrafe de tercer nivel, en letra normal

a). *Epígrafe de cuarto nivel. Cursivas*

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

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

CLAVERO ARÉVALO, M.F. (1976: 34).

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

CLAVERO ARÉVALO, M. F. (2011: 501).

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

CLAVERO ARÉVALO, M.F. (1990: 21).

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

## 4. PROCESO DE PUBLICACIÓN

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

Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 8 días. En caso contrario podrá determinarse su publicación sin más, o la no publicación. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando limitados a la corrección de errores.

## **5. COPYRIGHT**

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



ESTUDIOS





# Sobre el Derecho Administrativo de nuestro tiempo: Algunas tendencias

*Luis Martín Rebollo*

Catedrático de Derecho Administrativo

Profesor Emérito de la Universidad de Cantabria

Santander (España)

SUMARIO: 1 Introducción. Sobre conceptos, ideas y lenguaje: identificar la realidad y poder exponerla.- 2. Retos nuevos y modernas tendencias en el Derecho Administrativo: algunos ejemplos: A) La perspectiva comparada y la internacionalización del Derecho interno.- B) El impacto de las nuevas tecnologías y su incidencia en el Derecho.- C) Los cambios en la relaciones Estado-Sociedad.- D) El necesario fortalecimiento del papel de la Ley.- E) Los nuevos derechos.- F) Controlar mejor a la Administración para que sea más eficaz.- 3. Final: conciencia de un tiempo nuevo.

## 1. INTRODUCCIÓN. SOBRE CONCEPTOS, IDEAS Y LENGUAJE: IDENTIFICAR LA REALIDAD Y PODER EXPONERLA.

1. A la hora de elegir un tema para mi colaboración en este libro<sup>1</sup> y para evitar los particularismos del Derecho interno me ha parecido que podría seguir siendo útil volver a algunas cuestiones generales sobre algunas de las cuales, de una u otra forma, ya me he pronunciado con anterioridad<sup>2</sup>. Pero creo que insistir sobre ello

---

<sup>1</sup> Este texto –aun inédito– se redactó originariamente en 2022 para el libro homenaje al profesor y abogado uruguayo Augusto Durán Martínez; una persona entusiasta a la que tuve el gusto de conocer y tratar hace años. Ahora, tras la amable invitación del Director de esta Revista, Jesús Jordano, para participar en la inauguración de su nueva etapa digital, me ha parecido que podía tener algún interés esta personal reflexión sobre la actualidad del Derecho Administrativo. He respetado para la ocasión el texto original y eso explica algunas notas o aclaraciones del todo superfluas para el lector español, pero necesarias en el contexto original. Espero que esta explicación disculpe las reiteraciones o explicaciones elementales que aparecen, pero que no enturbian, creo, el contenido general, que es la reflexión de fondo sobre la que quiero llamar la atención.

<sup>2</sup> Cfr., sobre todo, mi trabajo “Actitudes metodológicas y escenarios nuevos (Una reflexión sobre la postura del jurista académico ante los retos que plantean las transformaciones sociales y las nuevas tendencias)”, en el volumen, *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Luciano Parejo*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 155 ss. Véase también mis “Perspectivas actuales del Derecho Administrativo (reflexiones desde la experiencia del inmediato del pasado),” ponencia española en el XXI Congreso italo-español de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Benidorm/Alicante del 26 al 28 de mayo de 2016. La

puede tener algún interés porque son temas que se refieren a cuestiones compartidas para todos los juristas que venimos de una misma tradición. En el caso del Derecho Administrativo, de sus raíces francesas, aunque luego haya evolucionado, como no podía ser de otra manera, de acuerdo con la evolución propia del Derecho Público de cada país.

En el plano constitucional las diferencias entre la mayoría de los modelos de acá y de allá son notables. Los países americanos han adoptado, en general, un modelo presidencialista en virtud del cual el Presidente de la República es elegido por los ciudadanos y concentra en su figura numerosos poderes. Los europeos, por el contrario, tienen un modelo político parlamentario en virtud del cual los ciudadanos eligen diputados y son éstos los que, después, eligen al Primer Ministro, Canciller o Presidente del Gobierno, que de todas esas formas se llama al Jefe del Ejecutivo; que no del Estado. El Jefe del Estado de todos los países europeos –con la excepción de Francia por razones históricas que plasma la Constitución de 1958 y que ahora no hacen al caso– es una figura simbólica con apenas poderes efectivos, ya se trate de un monarca en la decena de países de estructura monárquica, ya sea un Presidente de la República elegido normalmente por el propio Parlamento (y de nuevo con la excepción de Francia).

Esa diferencia institucional en el plano político y constitucional no se traslada luego, sin embargo, al plano de la cotidianidad administrativa y de gestión donde el modelo de origen francés está comúnmente aceptado. La Administración –centralizada o descentralizada– depende del Gobierno y actúa con sometimiento a la Ley y en esa actuación suele tener poderes y privilegios (fundamentalmente, la autotutela) cuya legalidad podrá verificar una instancia ajena e independiente, la jurisdicción contencioso-administrativa (sin perjuicio de que, dependiendo de cada modelo, esa jurisdicción se sitúe o no dentro del Poder judicial). Esa común percepción de lo que sea el Derecho Administrativo como Derecho que regula la actividad y las relaciones que entabla la Administración al actuar (autorizando, prohibiendo, concediendo, denegando, prestando servicios...) permite adelantar que los problemas y tendencias actuales de ese Derecho, más allá de ligeras diferencias, son comunes a ambos lados del Atlántico.

Y a esas inquietudes, a esos problemas nuevos y a esas tendencias que parecen vislumbrarse dedicaré en lo que sigue estas deslavazadas reflexiones.

2. Los problemas nuevos y las tendencias de cambios que tras ellos se advierten tienen que ver, naturalmente, con las transformaciones de una sociedad compleja e interrelacionada que se proyectan también sobre el Derecho, como no podía ser

---

ponencia italiana con idéntico título principal estuvo a cargo del Prof. Aldo Travi, de la Universidad católica de Milán. Ahora en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 65 (2017).

de otra manera. Las crisis institucionales derivadas de otras –ya sean económicas, ya sanitarias o bélicas como las que hemos vivido y estamos viviendo– conforman escenarios nuevos en los que, a mi juicio, destacan la internacionalización (que en Europa tiene especial incidencia por la existencia de ese ente transnacional que es la Unión Europea), la cada vez más palpable interrelación entre lo público y lo privado o los avances tecnológicos y su utilización por la Administración. En esos nuevos escenarios es fácil centrarse en las nuevas regulaciones, poner el acento en los aspectos transgresores de postulados fuertemente enraizados, hablar de las palabras o las tecnologías nuevas...y olvidar el núcleo básico del Derecho Administrativo que no es otro que la necesidad de una Administración eficaz, prestadora de los servicios públicos que tiene legalmente encomendados y luego, sobre todo, por encima de todo y en primer lugar, que esa Administración esté siempre adecuadamente controlada por más que adopte novedosas y tecnificadas formas, lo que supone el reto de adaptar y mejorar los viejos y tradicionales sistemas de garantías. Es decir, una vez más, hay que recordar y no olvidar los versos del poeta Jorge Manrique en pleno siglo XV, cuando en la conocida “Coplas a la muerte de su padre” decía aquello de que “*ven-gamos a lo de ayer /...que también es olvidado*”

Las nuevas realidades invitan al jurista a adoptar una actitud receptiva, atenta a lo nuevo pero sin olvidar, como digo, lo esencial; una actitud que mire por encima del concreto problema del día a día profesional e indague en esas nuevas realidades con actitud abierta y reflexiva. Una actitud que obliga, primero, a asumir el pasado, saber de dónde venimos, conocer los antecedentes de las cosas. Y a partir de ahí reafirmar el valor de las ideas<sup>3</sup> y también de los conceptos –nuevos o viejos– para poder describir con precisión la realidad. Eso significa también asentar el significado de las palabras (a qué llamamos qué) para poder después entenderse, ofrecer contrastes y proponer reformas. Porque la contribución social de los juristas no debe ser sólo la de pasar exhaustiva revista a tal o cual doctrina, a tal o cual línea jurisprudencial. Se trata de generar conocimiento, pero, además, expresar críticas, deducir conclusiones y generar propuestas<sup>4</sup>.

La primera tarea, pues, es la de contextualizar los cambios y echar la vista atrás para explicarlos. De ahí, como digo, la importancia del conocimiento de la historia, del pasado inmediato que explica no pocas regulaciones concretas desprovistas ya de su concreto origen. Unas regulaciones que deben ponerse también en el marco de lo

<sup>3</sup> Cfr., también, mi trabajo “Contra los tópicos; por las ideas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 155, 2012, págs. 11 ss. del que extraigo parte de las reflexiones que ahora expongo.

<sup>4</sup> Hay, ciertamente, trabajos en la línea apuntada en el texto, pero no abundan y, a veces, se diluyen en medio de la pléyade de publicaciones sobre cuestiones muy concretas y apegadas a la cotidianidad. Una selección de trabajos sugerentes sobre muy diversos temas, estrictamente subjetiva, desde luego, entre otras muchas posibles, en la bibliografía complementaria por sectores de mi *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Aranzadi, 7ª ed. 2023, págs. 1334 ss.

que sucede más allá de las fronteras nacionales. Porque en el mundo actual la exacta realidad del Derecho vivido responde, sí, a la historia propia, pero se orienta también en una dirección unificadora y tendencialmente global.

Reafirmar el valor de las ideas en el mundo del Derecho y, más en concreto, en el del Derecho Público, presupone, pues, reflexionar sobre el porqué. Por eso, no basta saber “cosas”. Hay que entender porqués. Es decir, hay que conocer bien el pasado, el origen de las instituciones y el por qué y el para qué las regulaciones; conocimiento que incluye el del sustrato técnico, material o económico sobre el que las normas operan porque si no todo lo que se comente o se critique de éstas será ficticio y carecerá del necesario soporte realista.

3. En el mundo del Derecho el valor de los ideas quiere decir también el valor de los conceptos y la importancia de las palabras que los expresan y condensan y con las que esos conceptos se definen. Es una condición previa para poder intercambiar puntos de vista porque es necesario manejar el mismo lenguaje y las mismas herramientas conceptuales, lo que resulta especialmente importante cuando se aborda el Derecho comparado incluso, como es el caso de nuestros países, aunque manejeamos y hablemos en lo esencial la misma lengua. Aunque en el mundo del Derecho al final lo que importa es el concreto régimen jurídico que disciplina cada situación o cada realidad social, se siguen necesitando ciertas convenciones comunes para poder entenderse cuando hablamos de acto o de norma, de autorización o concesión, de límite o limitación, de potestad reglada o discrecional, de retroactividad, de actividad regulatoria, de servicio público o servicio de interés general, de actividades privadas de interés público, de autonomía y federalismo, de coordinación, colaboración y cooperación, de contratos, convenios y encomiendas de gestión. De gobernanza, como ahora se dice. De garantía institucional. De privatización, externalización, desregulación o liberalización, conceptos bien distintos pero que a veces se manejan como si fueran lo mismo<sup>5</sup>.

Así, pues, muchas palabras envuelven conceptos potencialmente polisémicos y si no se conviene en sus perfiles precisos puede muy bien suceder que estemos hablando de realidades distintas utilizando las mismas palabras o, al revés, aludiendo a lo mismo con palabras diferentes. De ahí la importancia de la convención lingüística a la hora de manejar conceptos.

Hay que reconocer, sin embargo, que la realidad normativa no siempre ayuda. No resulta infrecuente que las leyes se llenen de palabras vacías y se conviertan en programas y postulados genéricos en los que todo cabe. En este mismo sentido y a

---

<sup>5</sup> Cfr. a este propósito, mi trabajo, “Personalidad jurídica y huida del Derecho Administrativo (Reflexiones sobre el caso español)”, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Oporto, 2009, págs. 317 ss.

título de mero ejemplo, en un artículo sobre la situación de la Universidad redactado en colaboración con un colega matemático y publicado hace ya unos cuantos años, nos referíamos a la frecuente vacuidad de las palabras oficiales<sup>6</sup>. Y ejemplificábamos el aserto con la parte dedicada a la Universidad de una Ley de 2011, denominada Ley de Economía Sostenible. Se hablaba y se habla allí –porque la ley sigue vigente– de “habilidades y destrezas”, de “innovación” y “emprendimiento”, de “competencias transversales”, “empleabilidad”, “modernización”, “transferencia de conocimientos”, “eficiencia”, “gobernanza”, “implementación de buenas prácticas”, “agregación estratégica”, “consolidación de ecosistemas de conocimiento”... Y, naturalmente, la palabra clave que todo lo exorciza: la excelencia. La excelencia como objetivo general y sin matices que, precisamente por eso, por la falta de concreción y de matices, quiere decir muy poco, pero a la que es difícil oponerse. Todo ello envuelto en un lenguaje ampuloso que no regula nada y que se desvanece apenas empieza a pasar el filtro de su diaria y concreta aplicación, allí donde, como dijo una vez el Prof. García de Enterría de las palabras de las Constituciones, se hace patente su funcionalismo verdadero. Ese es el momento del Derecho Administrativo, entendido como tantas veces se ha dicho de él como el Derecho Constitucional *de lo concreto*, de lo más cercano y próximo...

Así, pues, hay que partir del entendimiento del pasado que a todos condiciona, consolidar conceptos y convenir en el preciso uso de las palabras que los expresan. Y entonces, a partir de esos presupuestos, podremos enfocar las nuevas realidades, entendernos, debatir alternativas y, si es el caso, cuestionar también algunos tópicos que proceden simplemente del lenguaje.

En definitiva, hay que seguir generando propuestas, expresando críticas, pero sobre todo iniciando y manteniendo debates académicos que siempre son fructíferos si se desenvuelven, como es habitual, dentro del clima de acuerdo y compromiso tan alejado del ambiente sectario que prima con frecuencia en el debate político. Hay que aportar propuestas y mantener debates con la humildad que debe caracterizar el pensamiento crítico que no puede ni debe imponerse como la verdad única que no es. Hay, sí que cuestionar tópicos y mitos, entendiendo por tales unos conocimientos basados en fuentes no precisas. Pero no hay que limitarse a eso. Hay que aportar ideas y propuestas positivas. Y entre esos retos que los tiempos demandan está el de ser capaces de alumbrar líneas de acción sobre el Poder y la libertad en estos momentos tan difíciles. Generar propuestas a partir de los nuevos temas pero sin olvidar la esencia del Derecho Administrativo tradicional, es decir, su valores y su razón de ser que no

---

<sup>6</sup> Cfr. L. Martín Rebollo y T. Recio Muñiz, “Bewitched, bothered and bewildered (embruajados, incómodos y desconcertados)”, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Iustel, núm. 23, octubre, 2011, monográfico sobre “La Universidad en crisis”, págs. 50 ss. Reitero algunas de estos aspectos referidos a la Universidad en mi reciente libro *Retablo universitario*, Ediciones de la U. de Cantabria, 2023.

son otros, como ya he dicho, que propiciar la eficacia gestora de la Administración y, al mismo tiempo, garantizar su control.

## 2. RETOS NUEVOS Y MODERNAS TENDENCIAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: ALGUNOS EJEMPLOS

Llegados a este punto y en línea con cuanto acabo de decir, esto es, considerando como criterios metodológicos la referencia a la historia, la precisión conceptual y el rigor del lenguaje, podemos esbozar lo que entiendo son algunas de las nuevas tendencias a las que deberá enfrentarse el Derecho público en el inmediato futuro<sup>7</sup>.

¿Cuáles son algunas de esas tendencias y transformaciones que le esperan al Derecho Administrativo en los próximos años?, ¿qué líneas de futuro previsiblemente se impondrán? Se trata de un territorio difícil de explorar y, además, movedizo. Primero, porque no es posible ejercer de profeta en un tiempo azaroso y cambiante como el que vivimos. Y segundo, porque es un ámbito propicio a la subjetividad. Con todo, me aventuraré a esbozar cuatro reflexiones un tanto deshilvanadas como elementos que quizá puedan servir a otros para desarrollarlas.

Desde la perspectiva de la especialización y de los ámbitos profesionales en los que cada uno se mueva el análisis de futuro estará, seguramente, como siempre, en el estudio de las normas que regulen esos sectores concretos. Es decir, lo que habitualmente se considera el método crítico tradicional de los estudios jurídicos. Pero desde una perspectiva menos “profesional” importa intentar una mayor abstracción y desvelar otras tendencias de fondo, es decir, los sesgos y las orientaciones que parecen advertirse en las respuestas que da o debe dar el Derecho a los nuevos problemas y a las realidades del presente. Interesa, pues, desvelar esos problemas y esas respuestas normativas para pasarlas luego por el tamiz de la crítica y la comparación y sugerir, en su caso, modificaciones normativas.

### A) La perspectiva comparada y la internacionalización del Derecho interno

Una de las tendencias de fondo que creo se hace patente desde hace ya algún tiempo es *la internacionalización*, consecuencia de la globalización económica que ha traído consigo también cierta globalización cultural y, por ende, jurídica. En el ámbito del Derecho económico esa tendencia es muy evidente, pero, tras las regulaciones

---

<sup>7</sup> Remito al lector interesado a un texto algo más amplio, ya citado en nota 2, que trata del mismo tema y del que extraigo ahora también referencias.

de esa naturaleza van también anejas, con frecuencia, otras cuestiones instrumentales que trascienden las regulaciones concretas.

En Europa esa internacionalización pasa primero por la construcción de un espacio europeo de Derecho Público, pero también y sin perjuicio de ello por una europeización del Derecho interno, influido cada vez más por las normas de la Unión y, desde luego, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como desde hace tiempo viene llamando la atención la doctrina más atenta<sup>8</sup>. En todo caso, hay que recordar que el Derecho de los ahora 27 miembros de la Unión Europea tiene una característica novedosa y absolutamente excepcional y única: que se impone y es prioritario al Derecho interno de los Estados miembros. De modo que ese Derecho elaborado por las Instituciones de la Unión (Parlamento, Consejo y Comisión Europea, sobre todo) e

---

<sup>8</sup> Debe advertirse, especialmente para posible lector uruguayo, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son dos instituciones diferentes y que no tienen nada que ver. El Tribunal de Justicia de la UE, con sede en Luxemburgo, es una Institución de la Unión Europea que resuelve conflictos relativos al Derecho de la Unión a través de varios mecanismos pero, sobre todo, mediante la cuestión prejudicial. En su virtud y dada la prioridad del Derecho Europeo sobre el nacional, cuando un juez interno tiene que aplicar una norma de su país y duda de su compatibilidad con el Derecho Europeo (aunque se trate de una Ley emanada del Parlamento) puede parar el pleito de que se trate y elevar una pregunta (como cuestión prejudicial) al Tribunal de Luxemburgo acerca de si la ley nacional es o no compatible con el Derecho europeo. Si la respuesta es positiva el juez aplicará la ley sobre la que dudaba. Pero si la respuesta es negativa no podrá aplicar esa Ley y tendrá de resolver conforme a otros criterios y postulados.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene su sede en la ciudad francesa de Estrasburgo y es una Institución del Consejo de Europa, entidad de la forman parte 47 Estados europeos (entre ellos, todos los de la Unión Europea). El TEDH fue creado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, que es un Tratado Internacional que sólo vincula a los miembros del Consejo que libremente lo asuman y que, en síntesis, protege de las violaciones de los derechos que enumera el Tratado y que hayan podido producir los poderes públicos internos. En tales casos, los interesados pueden demandar a su propio Estado ante el TEDH siempre que, antes, hayan agotado sin éxito las vías judiciales internas. La decisión del Tribunal es de obligado cumplimiento y se puede solicitar su ejecución.

El Consejo de Europa funciona, pues, como un Organismo internacional al que se adhieren los Estados que quieran, que luego firmarán también los Convenios particulares propiciados por el Consejo que deseen. La Unión Europea, por el contrario, es un organismo supranacional en el que los Estados, una vez que se integran en ella, no puede elegir qué se les aplica o qué no porque la UE no funciona con la óptica de relaciones entre Estados sino con el criterio de la supranacionalidad. Los Estados ceden soberanía a las Instituciones de la Unión cuyas Instituciones (Parlamento, Consejo, Comisión), en el ámbito material de los Tratados, crean Derecho nuevo que se impone por sí mismo. La Unión, que empezó limitada a un mercado común y continuó con la implantación en su espacio de cuatro libertades básicas (libertad de circulación de personas, de mercancías, de capitales y libertad de establecimiento mercantil o profesional) ha ampliado luego sus competencias a otras numerosas materias.

El Consejo de Europa fue el primer fruto de la postguerra y genera un Derecho “voluntario”. Propicia Tratados en numerosas cuestiones de carácter jurídico y cultural, pero no económico, que sus miembros firman o no, acogen o no, y que vinculan solamente a los Estados miembros que los hayan firmado.

integrado básicamente por dos tipos de normas denominadas *Reglamentos* y *Directivas*<sup>9</sup>, se convierte en el Derecho común en las materias en las que la Unión tiene competencias, que, según los Tratados de funcionamiento, son cada vez más.

Esa realidad política y normativa ha impuesto en casi todos los países de la Unión la doble necesidad y la conveniencia de incorporar el estudio del Derecho de la Unión Europea en todas las fases de los estudios académicos y, junto a ello también, incorporar análisis de Derecho comparado propiamente dicho, es decir, del Derecho nacional interno o propio de algunos Estados.

La perspectiva comparada en todos los campos (a la hora de aprobar normas o analizar las que existen) es una necesidad. Pero no es nada fácil implementarla y conlleva no pocos problemas y dificultades. Porque si bien, dentro de la dificultad, puede ser relativamente sencillo “traducir” e importar técnicas e instituciones que se han mostrado eficaces en un determinado país, es mucho más difícil importar los detalles del sistema, el funcionamiento real de esas instituciones o técnicas foráneas y mucho más aun explicar el contexto, la historia, su origen y su razón de ser. Cuando sólo se importa la norma, despojada de su contexto, el resultado puede ser —y de hecho es— no sólo inútil sino hasta perjudicial y pernicioso. Ejemplos hay para ilustrar este aserto. Por eso, si bien la apelación al Derecho Comparado es hoy imprescindible se trata de una cuestión delicada que hay que abordar en su complejidad so pena de caer en el simplismo y aun la caricatura<sup>10</sup>. Y a ese propósito, desde el punto de vista del objeto de la comparación, lo más aconsejable sería incidir en los ámbitos más cercanos por razones culturales, históricas o geográficas. También por razones de relación económica. Apunto así, en el caso español, al desconocimiento que en general se tiene del Derecho Público de nuestros vecinos portugueses con quienes compartimos no sólo

---

<sup>9</sup> El nombre de esas dos normas es equívoco porque, en realidad, a pesar de su denominación, se trata en ambos casos de normas con rango de Ley, aunque con distinta potencialidad. Los llamados Reglamentos se imponen directamente una vez publicados en el periódico oficial de la Unión (el Diario Oficial de la Unión Europea, DOUE) sin necesidad de que se publiquen en los Diarios oficiales de cada Estado miembro. La Directivas, por el contrario, son normas de resultado, de manera que, salvo excepciones, no son de directa aplicación: son pautas y objetivos que deben implementarse en cada país de acuerdo con sus previsiones constitucionales y por las instituciones propias. Pero la Ley o norma que traspase al Derecho interno esos objetivos ha de estar terminada en el plazo que marque la Directiva y entra en vigor cuando se publique en el periódico oficial de cada Estado. La tardanza en trasponer Directivas puede ser controlada por el Tribunal de la UE cuando la Comisión demande al Estado incumplidor.

Si se observan bien las diferencias entre Reglamentos y Directivas se comprobará en seguida el carácter más fuerte de los primeros (que se imponen directamente) y el más respetuoso con la idiosincrasia de cada Estado de las segundas. Los Tratados precisan cuándo y en qué materias se pueden aprobar Reglamentos y cuándo basta con las Directivas.

<sup>10</sup> Sobre el tema, por todos, los trabajos de Susana de la Sierra, “Límites y utilidades del Derecho Comparado en el Derecho Público. En particular, el tratamiento jurídico de la crisis económico-financiera”, en *Revista de Administración Pública*, 201 (2016) y, antes, su libro *Una metodología para el Derecho Comparado europeo: Derecho Público comparado y Derecho administrativo europeo*, Ed. Civitas, 2004.

un territorio bien preciso, la península ibérica, sino también retazos de una historia y una cultura con diferencias pero también con muchas similitudes<sup>11</sup>.

## **B) El impacto de las nuevas tecnologías y su incidencia en el Derecho**

Una tendencia que creo es imparable tiene que ver, como decía más atrás, con la incidencia de la técnica en todas las relaciones humanas y, en particular, con las derivaciones de la llamada inteligencia artificial que invadirá más temprano que tarde todos los sectores y también los del ámbito jurídico. La producción de “actos administrativos” automáticos y en masa, la capacidad de generar consecuencias económicas con decisiones que toman o pueden tomar las máquinas, la generación de propuestas de decisión a través de algoritmos con datos extraídos de muy diversos sitios de la Administración, la digitalización de los servicios, la posible incidencia en los derechos fundamentales y no sólo en el derecho a la intimidad, la prospección de resultados previsibles a partir de una multiplicidad de datos recopilados de fuentes públicas y legales y otras consecuencias impensables pero probablemente reales en muy poco tiempo obligan a repensar este fenómeno imparable para poder domarlo, para adaptarse a él y, desde luego, para no olvidar que detrás de las tecnologías que ayudan a la eficacia administrativa están los valores que inspiran un Derecho que nació en y para el Estado liberal entre cuyos postulados irrenunciables destacan

<sup>11</sup> No hay excesivas muestras –al menos desde la óptica española– de una literatura atenta a las experiencias de nuestros vecinos lusos. La causa hay que atribuirla al tradicional y lamentable distanciamiento que en casi todos los órdenes se han movido las relaciones entre los dos países; una circunstancia negativa atribuible por igual a ambas partes y que, por las relaciones económicas y la común pertenencia a la Unión Europea, parece que comienza poco a poco a superarse. En esta misma línea de lamentar la ausencia de fluidas relaciones directas, J. Esteve en su reseña al libro de Luís Filipe Colaço Antunes, *A Ciência Jurídica Administrativa. Noções Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2012, en *Revista de Administración Pública* 191 (2013) pp. 514 ss. Cabe citar, no obstante, algunos ejemplos que pueden servir de referencia futura. Así, además de algunos Congresos hispano portugueses celebrados en los últimos años (el último en Burgos este mismo año 2022) y de otras conexiones interuniversitarias a título personal (en particular entre profesores de algunas Universidades gallegas y las del norte de Portugal), el número monográfico de la *Revista Documentación Administrativa* 257-58 (2000), con el título “Tendencias actuales del Derecho Administrativo en Portugal” y la participación de diversos autores portugueses. Antes, la traducción al castellano de la importante Ley portuguesa 15/2002 que aprueba el Código del proceso de los Tribunales administrativos publicado en el Diario de la República del 22 de febrero de 2002, en traducción de Patricia Valcarce y Pablo Menéndez, de la Universidad de Vigo, y con una breve presentación de E. García de Enterría, en *Revista de Administración Pública*, 162 (2003).

En el plano sectorial del Derecho de aguas se pueden encontrar algunos otros aislados trabajos sobre cuestiones de afectan a los dos países. Así, Francisco Delgado Piqueras, “La gestión de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas: el convenio de Albufeira de 1998”, en *RAP* 158 (2002), págs. 302 y, más recientemente, Teresa Navarro Caballero, “Gestión compartida de recursos hídricos entre España y Portugal. Veinte años del Convenio de Albufeira”, en *RAP* 209 (2019) págs. 392 ss. Cito también por su originalidad de título y edición (doble, en castellano y portugués) el libro de la internacionalista Amparo Sereno Rosado, *Ríos que nos separan, aguas que nos unen*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

las garantías procesales y el respeto a los derechos fundamentales. Esa realidad nueva, pues, impone el análisis y la explicación de los aspectos técnicos que conectan con la llamada ciberseguridad, pero también con problemas éticos y otros derechos entre los que el de transparencia (cómo se generan los algoritmos, qué datos manejan, qué discriminan positiva o negativamente...) no es, desde luego, el menor. Se trata, pues, de un reto mayor que no hace sino empezar pero que estará cada día más presente a medida que la tecnología se expanda y se consolide en las relaciones jurídico-administrativas<sup>12</sup>.

En cualquier caso lo que ya es una realidad es la cada vez más frecuente posibilidad –cuando no obligación– de relacionarse electrónicamente con la Administración para llevar a cabo todo tipo trámites: certificados, declaraciones, recursos, comparencias o solicitudes. La Administración digitaliza el papel y surge el expediente electrónico que se supone circula con rapidez por las distintos órganos administrativos. Hay también la previsión de un Registro único e interoperativo. Y todo ello sirve para facilitar las relaciones administrativas y para hacerlas más fluidas, más rápidas y, en teoría, más fáciles y más simplificadas.

Pero no siempre sucede así. La tecnología es una fantástica posibilidad para conseguir todo ello, es decir, para hacer más eficaz el funcionamiento de la Administración. Y la eficacia sabemos que es un principio constitucional (art. 103.1 CE). Pero al mismo tiempo plantea numerosos problemas. Problemas nuevos y otros no tan nuevos aunque se presenten bajo un ropaje diferente. En particular, está la cuestión de la seguridad, la deseable homogeneidad de las presentaciones, la reiterada necesidad de que el ciudadano medio va a comprender y ser capaz de adaptarse a la nueva realidad. Y, como derivación de todo ello, como ya he dicho, la necesidad de fortalecer los derechos fundamentales existentes y los nuevos derechos vinculados a esas tecnologías, para que lo que es –o debe ser– una herramienta útil no se convierta en un suplicio oscurantista.

Hay todo un reto en este ámbito de las relaciones electrónicas y el uso de las nuevas fórmulas de la llamada Inteligencia Artificial (IA), ante la que merece la pena recordar la existencia el ambicioso catálogo de derechos que plasma la llamada Carta de Derechos de Digitales, aprobada en 2021, que no tienen carácter normativo, pero pueden servir de guía, referente y tendencia.

---

<sup>12</sup> Cfr. sobre estas cuestiones, recientemente, entre muchos otros, José Solar Cayón, *La inteligencia artificial jurídica*, Aranzadi, 2019.

### C) Los cambios en las relaciones Estado-Sociedad

La relación Estado-Sociedad es otro aspecto relevante sobre el que, al menos en España, se han escrito en los últimos años numerosos trabajos entre los que destacan varios del Profesor José Esteve Pardo, de la Universidad de Barcelona<sup>13</sup>.

Las relaciones entre el Estado y la Sociedad han sido tradicionalmente relaciones verticales en las que la Administración actuaba de oficio o respondía a impulsos y solicitudes de los sujetos privados. La Administración otorgaba o denegaba ayudas y subvenciones, inspeccionaba, dictaba actos administrativos de todo tipo y, entre ellos, las sanciones derivadas de posibles infracciones legales. Esas relaciones se mantienen, sí, pero también han cambiado por cuanto ya no sólo solamente relaciones verticales sino, en muchas ocasiones, horizontales, de acuerdos, convenios, pactos y contratos de todo tipo. Y, además, tampoco solamente en un sentido unidireccional porque a veces los papeles se intercambian y los particulares ejercen funciones cuasi-públicas o actúan en nombre de la Administración o prestan servicios que antes se denominaban “públicos” y que siguen teniendo ese carácter aunque los presten entidades privadas. La normativa de los contratos, por ejemplo, es una muestra de esa ambigüedad al ampliarse el ámbito subjetivo de aplicación de la norma a personas que antes quedaban fuera de su regulación porque no eran propiamente Administraciones Públicas pero que ahora se ven sometidas, en mayor o menor medida, a las prescripciones de esa normativa por la simple pero poderosa razón de que en algunos de esos contratos se manejan o están en juego dineros públicos. Es el caso, por ejemplo, de empresas subvencionadas que contratan como particulares, pero cuyos contratos, al estar indirectamente comprometidos dineros públicos, se someten parcialmente a las exigencias de la Ley de Contratos del sector público. Están también los casos en los que una empresa actúa en nombre de la Administración como concesionaria de un servicio, pero también de otras actividades que sin llegar a ser públicas están de alguna manera sometidas a ciertos controles o intervenciones públicas. Hay encomiendas de gestión, incentivos, propuestas. Diversidad de relaciones e interacciones varias.

En un sentido diferente, pero relacionado con estas cuestiones, está también el tema de la huida del Derecho Administrativo<sup>14</sup> –no pocas veces comprensible en sus objetivos últimos– que perdería una gran parte de su preocupante carga negativa y

<sup>13</sup> Cfr., sobre todo, su libro *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

<sup>14</sup> Con esta gráfica y ya habitual expresión me refiero a la frecuente práctica de las Administraciones Públicas de crear entes instrumentales con formas de personificación privada (sociedades mercantiles, en particular, pero también fundaciones) con el declarado propósito de ser más ágiles y más eficaces en la gestión de ciertas actividades, pero con la no despreciable consecuencia, mucho menos explícita, naturalmente, de huir también de los controles públicos (a veces presupuestarios, financieros, de personal, de contratos o del sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa).

dejaría de ser objeto de las abundantes y justificadas críticas si se garantizara que la adopción de formas organizativas instrumentales no supone una paralela huida de los controles propios de las Administraciones Públicas, lo que podría suponer abrir el contencioso al control de actos de entidades que no son Administración pero tienen un perfil público.

Hay también intercambios entre el sector público y el privado en el ámbito del personal tanto desde el punto de vista de la selección, permeabilidad y régimen jurídico. Y esos intercambios pueden llegar a cuestionar el específico régimen laboral del empleo público, lo que, entre otras cosas, abre el debate de los sistemas selectivos anclados en el siglo XIX que dificultan considerar la personalidad, la plasticidad de los candidatos y otros aspectos que hoy se tienen poco en cuenta pero que realmente importan en la dinámica de las organizaciones, sean públicas o privadas...

En conexión con algunos de estos temas está, desde luego, el de la lucha contra la corrupción y ahí, especialmente, el papel de las relaciones entre el Derecho Penal y el Administrativo, la mejor determinación de los linderos precisos de algunos delitos –en particular, el de prevaricación–, la conveniencia o necesidad de utilizar la técnica de la prejudicialidad administrativa –inédita, aunque prevista, como técnica de conexión entre los dos Ordenamientos– en ciertos tipos delictivos relacionados con la actividad administrativa. Y la clarificación de la interiorizada –y falsa– percepción que ha ido penetrando en amplios y numerosos sectores de la sociedad que identifican cualquier ilegalidad con un delito al haber sustituido la justicia penal a la jurisdicción contenciosa allí donde ésta no interviene por el tipo de formas de personificación (privadas) utilizadas a veces (aunque ciertamente sólo cuando una Ley lo permite) por el Poder público.

Y está, sobre todo, el viejo tema del servicio público y los cambios que en ese concepto se derivan del Derecho de la Unión Europea, pero a los que no son ajenos tampoco las nuevas corrientes que, frente a algunos planteamientos radicales en uno u otro sentido, tratan de hallar un punto de equilibrio entre el Estado y la Sociedad, entre el Estado y el mercado. Se trata de una cuestión apasionante, en plena evolución y cuyas consecuencias últimas no se vislumbran del todo todavía. Como dice un viejo poema que me gusta recordar del gran poeta sevillano de la generación de 1927, Luis Cernuda: de repente “*vinieron nuevos dioses/A poblar el afán temeroso del hombre*”, aunque a veces en la soledad callada de los mares, resuenen a lo lejos ecos del sacrificio de los dioses antiguos. Y es que, si bien nunca he creído que el servicio público fuera la base de la identificación conceptual única del Derecho Administrativo, tampoco estoy con quienes piensan que se trata de un concepto caduco que debe ser enviado cuanto antes al baúl de la historia. Desde mi punto de vista la idea finalista –el “eco de los dioses antiguos”– que presupone el propio nombre del servicio público

es algo que debe mantenerse por más que el concepto tradicional haya entrado en crisis en virtud de las consecuencias derivadas de un triple orden de factores: algunos datos constitucionales, los postulados y exigencias del Derecho de la Unión Europea (que prohíben o limitan los monopolios públicos) y, finalmente, algunas opciones que conectan con una cuestión más filosófica y política acerca de las dimensiones mismas del Estado. Pero, como digo, eso no es incompatible con la idea que importa retener: la de compaginar el mercado y el interés colectivo, aunque eso suponga como supone romper la tradicional identificación entre servicio público y titularidad pública, que es donde está hoy la clave y la diferencia con el planteamiento tradicional.

Surgen así nuevas realidades como las llamadas obligaciones de servicio público que pueden imponerse a ciertas empresas privadas, el concepto de servicio universal, las cotas de calidad garantizadas aunque se trate de servicios prestados por particulares. Y eso hace que cambie un tanto el papel del Estado que de jugador pasa a ser árbitro o regulador. Un mundo nuevo bien distinto del tradicional vinculado a los planteamientos monistas. El nuevo concepto europeo de “servicios de interés económico general” y, dentro de él, el propio concepto de “servicio universal”<sup>15</sup> constituye, como ha dicho la Comisión Europea, la expresión de las “especificidades del modelo europeo de sociedad”.

Todos estos nuevos fenómenos reverdecen una vieja idea originaria de Italia a la que, en cierto modo, se parecen los nuevos planteamientos. Me refiero a los llamados “servicios públicos virtuales” o “servicios públicos impropios”; una idea que está también en la base de las denominadas “actividades privadas de interés público”, esto es, actividades privadas que no quedan excluidas del mercado pero que están sometidas a cierta intervención administrativa. Un fenómeno que coloca en primer término las tareas de regulación y vigilancia del propio mercado y que está en el origen de la aparición de las llamadas Autoridades de Regulación que adquieren un

---

<sup>15</sup> En definitiva y simplificada mente dicho, el concepto de servicio universal vendría a ser el estándar mínimo garantizado a todos los ciudadanos de una determinada prestación a un precio razonable, sea quien sea el gestor –público o privado– del servicio de que se trate. El servicio universal como prestación garantizada (desde el punto de vista de los usuarios) o como “obligación de servicio público” (desde la óptica de empresa, pública o privada, que preste el servicio), al estar fuera de los precios de mercado, puede suponer para quien lo preste asumir un coste adicional que, en tal caso, deberá ser compartido por el conjunto de empresas del sector que gestionen ese tipo de actividades. El ejemplo del servicio postal es muy gráfico. Hay libertad de empresas postales a precios de mercado, pero el Estado garantiza un servicio universal (las cartas hasta un determinado peso, ciertos envíos de paquetería, el giro postal...) que presta una de las empresas del sector (que puede ser perfectamente también la empresa pública del antiguo servicio de correos) a un precio fijado inferior al de mercado (porque si no una carta enviada a un lugar remoto costaría, en precios de mercado, un precio inasumible para el remitente o el destinatario). Y por eso, porque es una obligación que soporta el prestador del servicio universal, para mantener la neutralidad del conjunto, todas las empresas del sector deben compartir ese sobrecoste. El debate será entonces la fijación de lo que haya de incluirse en el concepto de “servicio universal”, lo que es ya una tarea pública y una decisión política.

protagonismo indiscutible como verdaderos actores de la política económica. Y eso hace que aparezcan algunas justificadas incógnitas en cuanto a la independencia de su organización, su estructura y su régimen. Y, sobre todo, se pone en el primer plano del análisis la decisiva cuestión del control de su actividad técnica –autorizaciones de acceso al mercado, fusiones, precios, control de absorciones, vigilancia de posiciones dominantes, imposiciones de sanciones, medidas para salvaguardar la competencia...– donde surge la duda de la suficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa tal y como ahora está organizada para llevar a cabo ese control de cuestiones que, además de implicar contenidos sumamente discrecionales, están rodeadas de componentes propios de la política económica plasmados y concretados en aspectos cada vez más específicamente técnicos<sup>16</sup>.

Esta situación plantea nuevos retos aflorados por la crisis económica que ha hecho que se replanteen algunas cosas y que ha puesto crudamente sobre la mesa la insuficiencia de algunas de las imprescindibles medidas de inspección y control preventivos que en ocasiones han brillado por su ausencia, lo que puede desbaratar todo un sistema que pivota, justamente, sobre la amplitud y rigor de ese tipo de controles.

Surge así también una nueva reflexión sobre el papel del Estado, cuya presencia sigue resultando imprescindible. Un Estado que presta pero que ahora, sobre todo, como ya he dicho, regula, vigila, inspecciona y sanciona. La Administración puede que gestione directamente menos, pero va a regular más. Va a fijar condiciones, criterios, pautas en beneficio de la competencia, esto es, al final, de los derechos de los usuarios. Y vigilará también su cumplimiento.

Se trata de cuestiones de gran actualidad necesitadas aun de más análisis y reflexiones plurales porque la crisis económica puso de manifiesto, como he dicho, algunas malas experiencias y también la insuficiencia de algunas de las actuales medidas de control preventivo.

En ese contexto las categorizaciones clásicas pierden eficacia descriptiva. El papel de la Administración y del Derecho que la regula –tanto del Derecho Público como del Privado– se desdibuja. Las propias organizaciones públicas se transmutan. Y todo se hace menos dogmático y mucho más flexible, inasible y dudoso. Existirán algunos servicios públicos tradicionales allí donde es imposible o no convenga introducir las reglas del mercado. Existirán autorizaciones cercanas al régimen de

<sup>16</sup> Sobre estos temas, Cfr., Nuria Ruiz Palazuelos, *El control jurisdiccional de la discrecionalidad de los organismos reguladores. (Un análisis de casos en los ámbitos de la energía y las telecomunicaciones)*, Aranzadi, 2018, en su origen tesis doctoral que yo mismo dirigí. También, de la misma autora, *Regulación económica y Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 y su trabajo sintético, “Las transformaciones del Derecho público económico y los interrogantes que plantea (elementos para un viejo debate)”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, 203 (2020).

la concesión. Habrá también actividades de interés general prestadas en libertad de concurrencia. Se garantizará el mantenimiento del principio de igualdad por la generalización de los servicios universales. Pero la idea última del servicio público permanece. La finalidad subsiste, aunque cambien las naturalezas o el régimen jurídico. Se trata, por tanto, de percibir el criterio finalista de la expresión tradicional que quiere lograr objetivos reales. Un modelo que reequilibre lo público y lo privado desde la óptica de los objetivos últimos de lograr una sociedad avanzada con mínimos de bienestar garantizados. Un plausible propósito que, sin embargo, está siendo sometido a prueba en las crisis económicas generales que hemos padecido desde 2008, reactivadas con la reciente crisis bélica en que estamos inmersos cuando parecía que se empezaba a salir de la primera. En cualquier caso, es de prever que, aunque ambas crisis se superen, nada será como antes y esa constatación nos debe estimular para estudiar y proponer nuevas fórmulas en la línea apuntada. Pero teniendo en cuenta lo que antes decía, esto es, atendiendo al origen de las cosas, aportando conceptos rigurosos para jugar con ellos y considerando la dinámica procedimental que debe rodear la toma de decisiones.

#### **D) El necesario fortalecimiento del papel de la Ley**

En la situación actual se impone también realzar el papel y el significado de la Ley. Me gustaría recordar aquí, una vez más, al maestro García de Enterría cuya muerte, en 2013, nos ha dejado huérfanos de su magisterio y su enorme personalidad. Y al recordarlo en estos tiempos convulsos, evocar una cita suya que deberíamos tener bien presente. Él nos dijo, en efecto, que "...no cabe, en modo alguno, contraponer principio democrático con principio de legalidad (...). Ninguna autoridad puede invocar su origen democrático para infringir la ley; ésta es la esencia misma del Estado de Derecho...". Pues bien, si eso es así —y lo es— hay que estudiar el modo de facilitar el papel de la Ley y su significado en momentos en los que hay que dar respuestas a algunos problemas urgentes en tiempo breve. Como he tratado de demostrar en un trabajo relativamente reciente<sup>17</sup>, en torno al 25 % de las normas con rango de Ley no se discuten inicialmente en el Parlamento. Son Decretos-Leyes aprobados por el Gobierno<sup>18</sup> con el argumento de la extraordinaria urgencia y necesidad, muchas veces justificada, sí, pero otras menos. Por ejemplo, a lo largo de la pandemia

<sup>17</sup> Cfr., L. Martín Rebollo, "Uso y abuso del Decreto-Ley (un análisis empírico)", en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, 174, octubre-diciembre 2015, págs. 23-92 y en el volumen coordinado por J. M<sup>a</sup> Baño, *Memorial para la reforma del Estado (Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tomo I, Madrid, 2016, págs. 665 ss.

<sup>18</sup> El artículo 86 de la Constitución prevé que "En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general". Los Decretos-leyes deben ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad en el Congreso

el número de Decretos-Leyes se ha multiplicado exponencialmente y en muchos de ellos se incluyeron cambios y reformas legislativas cuya relación con los problemas sanitarios era cuando menos dudosa o, al menos, indirecta. Esos Decretos-Leyes tienen que ser convalidados por el Parlamento, pero en esa convalidación es un proceso binario, o sí o no, sin que quepan en esa fase ningún tipo de enmiendas. Una vez convalidado el Decreto-Ley (cosa que, salvo excepciones, el Gobierno conseguirá sin problema si tiene una mayoría parlamentaria que le apoye) es posible su tramitación como proyecto de ley y entonces sí caben debates y enmiendas parciales. Pero esa tramitación del Decreto-Ley como Proyecto de Ley no es obligada. Al final, depende de la voluntad del Gobierno.

No dudo de la necesidad de respuestas normativas urgentes, pero debe propiciarse que esas respuestas no desvirtúen el papel del Parlamento y del debate público. Hay fórmulas y vías para apurarlas. La exigencia de generalizar la tramitación del Decreto-Ley como proyecto de ley, salvo excepciones, es una de esas vías que vendría a suponer un cambio radical de la situación actual en la que no todos los Decretos-Leyes son tramitados como proyectos de Ley.

Así, pues, una de las consecuencias marginales de mayor entidad que ha dejado la pandemia de la Covid-19 entre nosotros ha sido la banalización del Decreto-Ley, su “normalización” como forma de legislar; normalización que llega al discurso político y mediático y que se traduce en los números. Una consecuencia a la que no ha sido del todo ajeno, a mi juicio, el Tribunal Constitucional cuya actuación al conocer de algunos de los recursos de inconstitucionalidad planteados frente a Decretos-Leyes aprobados en los años últimos años ha sido, quizá, en exceso deferente con el Gobierno. Pocos han sido los que se han anulado, siempre parcialmente y muy pocas veces por la falta de presupuestos de hecho que contempla la Constitución que es la “extraordinaria y urgente” necesidad (art. 86), dos expresiones acumulativas que no debería haber interpretado de forma laxa.

El Decreto-Ley no pasa por el Parlamento para ser debatido en sus detalles. Sólo debe ser “convalidado” en una votación “de totalidad” y, aunque algunos de esos Decretos-Leyes se pueden tramitar luego como proyectos de ley esa posibilidad no es obligada y depende discrecionalmente del Gobierno.

El papel del Decreto-Ley y sus relaciones con el Parlamento es un tema importante a la vista de los números. Y es que los Decretos-leyes suponen en torno al 25 % de la producción normativa anual. En los años de la pandemia (2020-2021) más de un centenar de leyes fueron afectadas, de una u otra manera, por algún Decreto-Ley y éstos, como digo, supusieron un porcentaje elevado en el conjunto de todas las nor-

---

de los Diputados, en el plazo de treinta días, para ser convalidados o derogados. Podrán ser tramitados también como proyectos de ley. Si se aprueba la Ley el Decreto-Ley quedará sustituido por ésta y será derogado.

mas. Así, en el año 2020 se aprobaron 39 (y 14 Leyes), en el año 2021 se aprobaron 32 Decretos-Leyes y 34 leyes, y en el 2022, 20 Decretos-Leyes y 54 Leyes.

En conjunto y desde 1979, los datos globales hasta el final de la XIV Legislatura (julio de 2023), son suficientemente significativos según se puede observar en el siguiente cuadro:

<b>REALES DECRETOS-LEYES APROBADOS EN EL PERIODO 1979-2022</b>				
<b>Legislaturas</b>	<b>Años</b>	<b>Gobierno</b>	<b>Decretos-Leyes</b>	<b>Leyes</b>
I	1979-1982	UCD	71	269
II	1982-1986	PSOE	39	210
III	1986-1989	PSOE	20	121
IV	1989-1993	PSOE	30	135
V	1993-1996	PSOE	40	147
VI	1996-2000	PP	85	220
VII	2000-2004	PP	42	192
VIII	2004-2008	PSOE	52	167
IX	2008-2022	PSOE	56	141
X	2011-2016	PP	76	169
XI	2016	PP (en funciones)	1	-
XII	2016-2018	PP	30	17
	2018-2019	PSOE	35	22
XIII	2019	PSOE	7	-
XIV	2019-2023	PSOE/UP	118	118
<b>TOTAL GENERAL</b>			680	1.928

Junto a ello debería hacerse más ágil el propio procedimiento legislativo ordinario. Y preguntarse si el papel de la Ley no debe cambiar y pasar a ser más una norma que obligue e imponga a la Administración contenidos materiales y acciones concretas mejor que una norma que simplemente habilite y abra la posibilidad discrecional de actuar. Una Ley, pues, que más que facultar imponga y obligue y, en paralelo, cree derechos e instrumentos para garantizar y exigir su cumplimiento.

Potenciar la Ley es potenciar el Parlamento y hacerlo más ágil y representativo. Eso exigiría seguramente reformar no sólo el procedimiento legislativo, como acabo de indicar, sino también repensar el propio sistema electoral que, basado en

la provincia, condice a que algunas de ellas estén sobrerrepresentadas y en otras suceda justamente lo contrario. Es éste un asunto políticamente sensible y la prueba es que, en lo fundamental, el sistema no se ha modificado (cambiar la circunscripción necesitaría además modificar la Constitución dado que la previsión está en ella) y, salvo en detalles, es el mismo que se aprobó con carácter “provisional” en 1977 para celebrar las primeras elecciones democráticas de junio de 1977 que, tras el franquismo, redactaron la Constitución. La Ley electoral de 1985 es, pues, un remedo de la norma provisional de 1977.

### **E) Los nuevos derechos**

En relación con el nuevo papel de la Ley también hay que hacer referencia a una cuestión que la crisis económica de principios del siglo XXI ha puesto sobre el tablero de la realidad con premura. Me refiero a la cuestión de los nuevos derechos, entre ellos algunos derechos sociales y colectivos.

La Constitución española distingue entre varios tipos de derechos. Los derechos de primera generación, los clásicos, los llamados derechos autonomía, diseñados para garantizar un espacio de libertad en el que ningún poder público se pueda inmiscuir. Unos derechos (libertad de religiosa, de pensamiento, de reunión, asociación, circulación, etc.) protegidos jurisdiccionalmente con instrumentos contundentes. Y otros derechos cuya protección es diferente y cuyo contenido real, más allá del mínimo garantizado constitucionalmente, depende en gran medida de las leyes que los desarrollen y, a la postre, de la acción del Estado. Se trata de los derechos colectivos o sociales (educación, salud, comunicaciones, dependencia...) cuya virtualidad no depende de la autonomía de la voluntad sino de las inversiones públicas y éstas, como es lógico, dependen a su vez de lo que se quiere (la ideología de los partidos gobernantes) y de lo que se puede (en definitiva, la economía y el presupuesto) de manera que se puede dar el caso de que se pueda y no se quiera, pero también de que se quiera y no se pueda.

Pues bien, las tendencias que se observan se encaminan a potenciar y garantizar de forma más concreta esos derechos sociales imaginando técnicas de exigencia de los mínimos presupuestarios que pueden imponerse.

Y junto a ellos surgen ya otros derechos de nueva generación como los relacionados con el medio ambiente o los que aparecen mencionados en la Carta de Derechos de la Unión Europea, de 2000, como el llamado derecho al buen gobierno y a la buena administración, la transparencia, y otros que están ahora mismo en gestación como los contenidos en la llamada Carta de derechos digitales.

Un mundo nuevo como nuevo y espectacular fue hace más de medio siglo la impensable aparición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Consejo de

Europa del que, cuando escribió estas líneas, acaba de salirse la Federación rusa (el Estado más condenado, después de Turquía, por el TEDH, por cierto).

El tema del medio ambiente es una cuestión en la que existe ya una gran sensibilidad, pero la complejidad y variantes del asunto supone que en no pocas ocasiones no sea tan fácil pasar del debate abstracto –donde sí se producen acuerdos generales– a las opciones posibles. La protección ambiental y el progreso económico de las zonas rurales son asuntos a veces enfrentados cuando se habla de la energía eólica o solar, de la protección de ciertos animales o la propia naturaleza, ante lo que siempre me vienen a la memoria unas palabras de García de Enterría, que era oriundo de una zona de montaña, acerca del peligro de convertir el campo en un museo al servicio del ocio urbanita cuando, de antiguo, los mejores protectores habían sido tradicionalmente los propios habitantes del entorno. Con ayudas, vigilancia y controles, claro es, porque no cabe sustituir una falsa arcadia por otra igualmente engañosa.

De la tecnología, su necesidad y sus potenciales peligros para los derechos fundamentales se es también muy consciente aunque, de nuevo, estamos en los albores de un tiempo nuevo que necesitará, sin duda, matices y límites. En sentido, en cierto modo contrario, está el tema de la transparencia y también el de sus límites en función de las materias “sensibles” (¿sensible para quién?, esa es otra pregunta) que afecten a la seguridad, a los derechos de otros o incluso a algunas derivaciones de los mercados económicos. No vivimos en mundos tranquilizadores que permitan separar nítidamente con criterios binarios. Pero justamente por eso es necesario ponderar intereses, valores y principios con frecuencia enfrentados para hacerlos, de algún modo, compatibles. Esa es ciertamente una labor política, que dependerá, como es obvio, de las posiciones ideológicas de los diferentes actores. Pero también y en no menor medida de la interpretación ponderada del juez, la clave del sistema. Lo que nos lleva al último punto de estas improvisadas reflexiones.

## **F) Controlar mejor a la Administración para que sea más eficaz**

a) Se llega así al eterno pero fundamental problema del control. El Derecho Administrativo nació en el contexto del Estado liberal en el que la idea de control era y es esencial. El control jurisdiccional de la Administración es una de las claves del modelo, si no la clave de todo el sistema y del que se debe esperar una alta calidad técnica pero también tiempos de respuesta razonables. No es éste, obviamente, el momento de apuntar problemas técnicos concretos, ni el de adelantar posibles líneas de solución, Pero sí el de insistir en que se trata de una cuestión esencial que complementa –y ¡de qué modo!– la actividad estrictamente política y administrativa de los poderes públicos. Apelo de nuevo a la autoridad y el recuerdo de Eduardo García de Enterría cuando proclamaba, hace ya bastantes años, que “no es exacto que una buena Administración pueda sustituir una ausencia de Política, (...), pero sí lo es,

sin embargo, que sin una total y plenaria resolución de ese gran tema de la justicia administrativa el Estado de Derecho es literalmente nada”.

He ahí, pues, un amplio campo por el que han de discurrir debates y respuestas académicas empezando por las referidas a los instrumentos parajudiciales de control, es decir, los recursos administrativos y, sobre todo, los nuevos “tribunales” administrativos que han surgido recientemente en España en ámbitos sectoriales con abundante conflictividad: en el ámbito tributario, en el de la actividad contractual o en el sector del deporte. La experiencia reciente de estos novedosos órganos especializados de resolución de conflictos no parece mala. La de los recursos administrativos tradicionales no soporta seguramente semejante conclusión.

La jurisdicción contencioso-administrativa y su eventual reforma es, pues, una cuestión esencial, pero, si se trata de hacer reformas, éstas deben ser abordadas con la delicadeza y la prudencia que exigen las cosas frágiles, considerando la experiencia comparada y afrontándolas sin apriorismos derivados de la vigente normativa procesal. El contencioso debe ser ágil, especializado y rápido y eso apunta a cuestiones de lo más variado que van desde la fijación del número de jueces, la manera de seleccionarlos y formarlos, la financiación del modelo y la dinámica del proceso propiamente dicho. Apunto brevemente un par de datos a este respecto referidos a la experiencia española.

b) En España la justicia administrativa está –valga la redundancia– judicializada, esto es, los jueces adscritos a esta jurisdicción son jueces profesionales que son destinados a ella como pueden ir, y de hecho se pueden trasladan, a la jurisdicción civil o a la penal o, al revés, ir a la jurisdicción contenciosa desde esas otras jurisdicciones “ordinarias”. Quiere decirse con ello que no se adopta el modelo francés y de algunos países latinoamericanos en los que la justicia administrativa se residencia en el Consejo de Estado y tribunales administrativos inferiores. En España la dicotomía francesa de “jueces administrativos” y “jueces judiciales” es literalmente incomprensible porque todos los “jueces” son, por así decirlo, “judiciales”. Se entra en el poder judicial por concurso y exámenes “ad hoc” (en los que priman los temas de Derecho civil, penal y procesal pero hay pocos o muy pocos de Derecho Administrativo) y luego los destinos pueden llevar a ese joven juez a diferentes jurisdicciones a lo largo de su vida profesional.

Por eso, porque en el momento del acceso no hay exigencias de especialización en Derecho Público es importante que esa especialización se produzca después. Hay que decir que esa especialización fue uno de los grandes aciertos de la Ley Jurisdicción de 1956 con la que puede decirse, en puridad, que nace en España una verdadera jurisdicción contencioso-administrativa. Dicha Ley preveía la posibilidad de que los jueces con tres años de antigüedad pudieran presentarse a otro examen, básicamente

de Derecho Administrativo, para especializarse con la ventaja para los que superaran la prueba de ir destinados a un tribunal colegiado (Audiencia Territorial) de los que, en aquella época, sólo había 16 en toda España y estaban ubicados en ciudades importantes. Quedaban así adscritos a esa jurisdicción (la contencioso-administrativa) con la categoría de magistrados (categoría personal que de otra forma tardaba más años en obtenerse) y el consiguiente aumento de sueldo. La previsión fue un éxito y permitió un avance notable de la jurisdicción gracias, sobre todo, a esos magistrados –casi todos ellos muy conocidos luego– que entablaron pronto un fructífero diálogo con la doctrina que permitió un flujo de interacciones mutuas muy enriquecedor.

La multiplicación de órganos de la jurisdicción a partir de 1989 y el hecho de que el paso de juez a la categoría de magistrado se fuera facilitando con el tiempo, de manera que en alguna época se llegaba a magistrado en menos tiempo que el exigido para poder presentarse a las pruebas de acceso a la especialización, hizo que ésta fuera poco a poco perdiendo atractivo y se redujera el número de candidatos a la especialización hasta el punto de hacer difícil de cumplir la previsión legal (art. 329.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) de que la provisión de los nuevos Juzgados de lo contencioso (que hay ahora en todas las provincias) se resolviera, en primer lugar, en favor de magistrados especialistas.

¿Cuáles son los datos de la actualidad? Para un país de unos 47 millones de habitantes, en 2022 según datos oficiales había en España 5.448 jueces y magistrados (prescindiendo del dato de que algunos puedan estar en servicios especiales y no ocupen su plaza judicial u otras circunstancias aisladas) de los cuales 576, en torno al 10 % del total, correspondían a plazas de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, distribuidos de la siguiente forma: 230 en Juzgados unipersonales de lo contencioso-administrativo (el nivel inferior de la jurisdicción con sedes en las capitales de provincia); 257 en las 21 Salas de lo contencioso-administrativo de los 17 Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (TSJ) o sea, el nivel regional; 41 en la Sala de la Audiencia Nacional (AN), con jurisdicción en toda España y que conoce, sobre todo, de recursos interpuestos frente a actos y resoluciones de los Ministros del Gobierno Central y 33 en el Tribunal Supremo (TS), cuya principal función es la unificación de doctrina a través del recurso de casación.

Pero de esos 576 jueces y magistrados son especialistas en Derecho Administrativo en torno al 25 % del total, desigualmente distribuidos, como se observa en el cuadro que sigue, donde se ve cómo en el nivel inferior, el de los magistrados que sirven Juzgados unipersonales, el número de especialistas es prácticamente simbólico (3 de 226), lo que hace inviable, como dije, la previsión de que dichos Juzgados se cubran prioritariamente con magistrados especialistas. En los TSJ el porcentaje

aumenta un poco y en la Audiencia Nacional y en el Tribunal Supremo se sitúan en cifras más razonables.

Parece oportuno, pues, apostar decididamente por la especialización de los jueces; especialización que ha de incluir no sólo el Derecho Administrativo sino también el europeo. Y, en particular, incidir en la especialización de los que sirven en los órganos inferiores donde la labor de juzgar es quizá más difícil. En los órganos superiores de la jurisdicción el tribunal, para empezar, es colegiado lo que facilita el debate y el intercambio de ideas, pero es que, además, los asuntos que llegan han pasado antes por un órgano inferior en el que ha habido una demanda en la que se plasman los argumentos del recurrente, una contestación a esa demanda, una Sentencia y luego, eventualmente, un recurso y su oposición. Difícilmente pueden salir muchos argumentos nuevos que maneje el tribunal, lo que no sucede en los órganos de instancia, donde seguramente, como digo, es más difícil juzgar y donde, por eso, se requiere una mayor especialización.

En todo caso, los datos actuales son los siguientes.

<b>JUECES Y MAGISTRADOS/AS ADSCRITOS AL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN EL AÑO 2022</b>						
(Elaboración propia a partir de datos del CGPJ y el escalafón de 31-3-2022)						
	<b>Plantilla</b>	<b>TOTAL MAGISTRADOS/AS</b>	<b>Hombres</b>	<b>Mujeres</b>	<b>TOTAL ESPECIALISTAS</b>	
TS	33	28	22	6	14	(50%)
AN	41	41	21	20	28	(68%)
Juzgados Centrales.	12	13	8	5	6	(46 %)
TSJ	257	262	166	96	94	(36 %)
Juzgados	233	226	118	108	3	(1 %)
<b>TOTAL</b>	<b>576</b>	<b>570</b>	<b>335</b>	<b>235</b>	<b>145</b>	<b>(25 %)</b>

c) El número de jueces tiene que ver con la carga de trabajo, lo que luego se plasmará, como en todos los servicios públicos, en los tiempos de espera, en el tiempo que media entre la interposición del recurso y la sentencia. La carga de trabajo afecta también, como es lógico, a la calidad de la jurisprudencia.

En cuanto a la carga de trabajo, esto es, el número de recursos planteados los datos han mejorado mucho en los últimos veinte años a consecuencia, sobre todo, de la creación de los Juzgados unipersonales de lo contencioso, que no existían antes y

que supusieron multiplicar por dos, casi de golpe, el número de magistrados adscritos a esta jurisdicción. Pero no hay que olvidar que, paralelamente y al mismo tiempo que aumentó el número de jueces, se han multiplicado también los recursos con crecimientos que en algunos momentos han llegado a ser superiores al 500 %, lo que, en alguna ocasión, ha supuesto medias globales de 300 y a veces hasta 400 asuntos por magistrado y año. Por mucho que haya asuntos repetidos, de escasa entidad o pocas dificultades son cifras muy elevadas si se tiene en cuenta que cada proceso pasa por diferentes fases (admisión, demanda, contestación, pruebas, alegaciones...) que el juez debe ordenar, comprender y resolver, lo que lleva su tiempo si se quiere una decisión –sea la que sea– bien fundada.

El incremento de asuntos en los tribunales tiene muy variadas causas. Entre los factores que han contribuido al aumento de los recursos está, desde luego, el cambio de actitud ciudadana, la mayor capacidad de reacción de los individuos frente a la Administración que es un efecto inducido del sistema democrático, aunque de esa actitud tiene también algunos elementos negativos como son los recursos temerarios o infundados, el desplazamiento hacia el juez de problemas que tienen su sede natural en otros ámbitos y, sobre todo, multitud de recursos por cuestiones nimias (temas de personal, cuestiones tributarias de muy escasa cuantía, multas de tráfico...) que deberían poder resolverse mediante procedimientos menos formalizados y acaso sin necesidad de acudir a los tribunales.

Otros elementos que contribuyen al aumento de la conflictividad son la propia complicación organizativa y competencial derivada de la multiplicidad de órganos de decisión, el incremento normativo, su novedad y su complejidad, la incidencia del Derecho europeo, la improvisación de algunas normas o su defectuosa técnica... Y, en fin, el hecho de que muchas decisiones administrativas, sea cual sea su contenido, necesariamente afectan de forma negativa a alguien, que desea recurrir buscando una última oportunidad, de manera que, como señaló hace tiempo el profesor L. Martín-Retortillo, el contencioso-administrativo, seguramente de forma casi inevitable, se convierte en el último trámite de muchos expedientes administrativos.

El exceso de asuntos en los tribunales produce unos efectos directos e indirectos que, como en un círculo vicioso, realimentan a su vez el aumento de los casos. La congestión produce, por de pronto, el efecto más negativo e importante: la lentitud, el retraso. Y ésta fomenta el pleito de mala fe, el pleito para ganar tiempo y retardar la decisión pues no se olvide que el tiempo perjudica a unos pero también beneficia o puede beneficiar a otros si no se adoptan medidas cautelares.

Pero la congestión incide también negativamente en la calidad de la jurisprudencia condenados como están los tribunales a despachar muchos asuntos impelidos, además, por las *ratios* de productividad que les son impuestas por el Consejo del Poder

Judicial. Todo ello dificulta la creación de un *corpus* doctrinal para el futuro que produzca previsibilidad, seguridad y certeza, condiciones básicas del Derecho.

A todo ello hay que añadir que la polarización política y la dificultad de llegar a acuerdos en foros de ese carácter hace que, a veces, se le pida al juez lo que éste difícilmente, puede hacer: sustituir más allá de lo razonable a la Administración y administrar él mismo, lo que plantea y abre un tema de grandes consecuencias. De ahí la importancia de disponer de criterios jurisprudenciales relativamente seguros. Y eso apunta a la necesidad de que el Tribunal Supremo se consolide, ante todo, como un Tribunal de unificación de doctrina, una idea que poco a poco se ha ido abriendo paso y que está en la base de la gran reforma del recurso de casación desde el año 2016.

d) Expuesto este panorama en sus líneas gruesas para ilustrar genéricamente la situación, expongo ahora algunos datos relevantes. Prescindo de los datos de años anteriores para no cansar al posible lector, de manera que me limito a los datos del último año, mencionando, en primer lugar, el *número global de recursos* y asuntos resueltos:

<b>JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA</b>			
<b>DATOS GLOBALES</b>			
Año	Asuntos ingresados	Asuntos resueltos	Asuntos pendientes a fin de año
2021	224.622	224.516	220.878

Desagregando las cifras por órganos jurisdiccionales (salvo los Juzgados centrales) los resultados son los siguientes:

<b>TRIBUNAL SUPREMO</b>			
Año	Asuntos ingresados	Asuntos resueltos	Asuntos pendientes a fin de año
2021	10.346	12.009	7.833
<b>AUDIENCIA NACIONAL</b>			
2021	22.314	15.760	29.096
<b>TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS</b>			
2021	70.980	73.174	91.988
<b>JUZGADOS (PROVINCIALES) DE LOS CONTENCIOSO</b>			
2021	117.886	120.644	90.235

En el Tribunal Supremo han descendido los asuntos en única instancia y han aumentado los recursos de casación tras la entrada en vigor, en 2016, del nuevo sistema casacional. En la Audiencia Nacional se ha producido un aumento significativo. En los Tribunales Superiores de Justicia tras haber descendido los asuntos volvieron a subir en 2021. En los Juzgados ha habido un sustancial aumento desde los iniciales 67.949 asuntos del primer año (1999) a los 117.886 del año 2021 (en 2018 se llegó a los 137.608 asuntos ingresados); crecimiento, por lo demás, correlativo al paulatino aumento de sus competencias.

El número de asuntos resueltos también ha aumentado notablemente, lo que contrasta con los datos de los años anteriores a la entrada en vigor de la Ley de 1998 y la implantación de los Juzgados, a partir de cuyo momento el número de jueces de lo contencioso-administrativo prácticamente se duplicó. En 2021 se dictaron un total de 136.284 Sentencias lo que, sobre la base de las plazas de Jueces y Magistrados en activo existentes supone en su conjunto una media aproximada de algo más de 200 Sentencias por Magistrado y año. En el TS esa media es de unas 55 por Magistrado. En la AN la media es de 130. En los TSJ y en los Juzgados el número de Sentencias por Magistrado y año se acerca o supera a la media global de las 200 Sentencias.

*El tiempo* que se tarda en resolver es aún una cuestión fundamental que ha ido mejorando significativamente en los últimos años. En todo caso, es un dato que varía mucho en función de los órganos jurisdiccionales. Por ejemplo, en el Tribunal Supremo la duración media, que hasta no hace mucho estaba en torno a los 18 meses se ha reducido notablemente y en el caso de los nuevos recursos de casación, su función más importante, se sitúa en unos 8,5 meses para la admisión y unos 9,7 meses para la decisión. En cambio en el caso de los recursos en única instancia estos plazos se alargan hasta los 19,2 meses en el año 2021. En la Audiencia Nacional también se ha producido una reducción, aunque con ciertas oscilaciones, en los últimos años (18,6 meses en 2021 y 16,2 meses en 2020, pero tres o cuatro años antes se superaban los 20 meses de media). En ambos casos (TS y AN) todavía hay un gran contraste con el Consejo de Estado francés en el que la media está por debajo de los 10 meses.

En los TSJ la duración media de los asuntos en única instancia se situó en 2021 en 17,7 meses (prácticamente igual que en 2020), aunque hay grandes diferencias entre las Salas más lentas (que tardan casi dos años) y las más rápidas (que se sitúan de media por debajo del año). En los recursos de apelación de que conocen estas Salas la media se ha situado en 14,2 meses en 2021. En los Juzgados la tardanza es menor y los datos mejores (9,6 meses) aunque hay que distinguir entre los procedimientos ordinarios que superan esa media (14,8 %) y los procedimientos abreviados en los que la duración apenas es de 8,8 meses.

e) Con los datos expuestos de la experiencia española cabe concluir que la justicia contenciosa-administrativa es todavía lenta (por más que en ese aspecto ha mejorado mucho), tiene un considerable atasco de asuntos pendientes, pero en general posee una buena calidad técnica (a tenor del porcentaje alto de Sentencias que se confirman en vía de recurso). De ello se puede colegir que los problemas generales de la justicia administrativa en España, como seguramente también en otros sitios, tienen que ver con aspectos que no son estrictamente procesales en la medida en que afectan, sobre todo, a la gestión y, tras ella, a la lentitud.

Los problemas procesales son, quizá, los de más fácil solución en sede legislativa. La exigencia o no de recursos administrativos previos al recurso contencioso; la cuestión de las medidas cautelares para evitar la consolidación de los hechos; la necesidad de garantizar que el expediente administrativo sobre el que va a versar el proceso; la superación de cierta rigidez procesal; la ampliación de los poderes del juez; la posibilidad de una comunicación directa del tribunal con la Administración autora del acto, etc. son cuestiones que pueden ser abordadas por reformas legislativas. Sucede lo mismo con la conveniencia de insistir en oralidad; la generalización de la doble instancia o el papel unificador del Tribunal Supremo; cuestiones que han sido ya abordadas en la Ley de 1998 y en algunas de sus sucesivas reformas.

Los demás problemas apuntados no se resuelven mediante reformas procesales. Las reformas procesales y otras posibles medidas paraprocesales de solución de conflictos pueden ayudar, pero hay que seguir insistiendo en el aumento de las plantillas, la formación especializada de sus integrantes y, sobre todo, la decidida voluntad de la Administración en la adopción de un talante respetuoso con los principios garantizados en su actuación diaria. Porque no hay que olvidar que si la jurisdicción puede resolver problemas cuando las Administraciones funcionan mal o dictan actos incorrectos, difícilmente puede conseguir *directamente* que funcionen bien o se presten correctamente los servicios que tienen encomendados. El contencioso, como es obvio, no sirve para mejorar la educación, hacer menos masificada la sanidad o más amables a los funcionarios, que es lo que prioritariamente se le pide a los Poderes públicos. Para eso hacen falta técnicas organizativas, incidencia en la selección del personal, incentivos y talentos personales que ni crea, ni puede crear una Ley o un proceso.

El contencioso, como todo el Derecho, es una condición necesaria pero no suficiente para lograr algunos de los objetivos apuntados. Con todo, es el instrumento considerado en toda Europa, con razón, como pieza esencial de la organización institucional de los Poderes públicos. Una pieza esencial porque es un elemento de control y garantía y una técnica básica de protección individual. Pero también porque es un factor político de primera magnitud porque, como todo proceso, no se

limita a solventar problemas individuales sino que contribuye también a moderar los conflictos y a encauzarlos, a jugar un papel simbólico y ejemplificador, y, en ese sentido, constituye una valiosa técnica de integración social al servicio de la convivencia ciudadana que incorpora el secular dilema del Derecho Público que no es otro que la dialéctica entre el Poder y la libertad, entre el Estado y los individuos, aunque al examinar los dos polos de esa relación, siempre en tensión, no quepa ya, a pesar de ciertos maniqueísmos simplificadores y excluyentes, ni demonizar a unos, ni ensalzar acriticamente a otros.

### **3. Final: conciencia de un tiempo nuevo**

Poner en el circuito de las ideas algunas de estas reflexiones es una cuestión específica del profesorado universitario. Abordarlas proponiendo soluciones, también. Es una tarea fundamental en un tiempo de acelerados cambios que configuran un panorama complejo a partir de la constatación de la profundísima transformación sufrida por el Derecho en estos años en los que todo cambió. Todo se transformó de repente. Cambió el Estado, cambiaron las Leyes, cambió el contexto social que da vida a las normas... Por eso, para que los árboles nos dejen ver el bosque, lo que importa retener es la idea de que *el Derecho debe proporcionar una respuesta sólida a los cambios sociales y a las tensiones que esos cambios producen*; una respuesta práctica basada en la razón y en la lógica interna, pero no despegada de la realidad histórica y social; una respuesta que, con frecuencia, puede ser y es también palanca de otros cambios futuros. En ese contexto lo que importa reafirmar es el valor del pensamiento, del intercambio de ideas, la marginación y superación de los tópicos, la concordancia en los conceptos, la clarificación de las palabras. En definitiva, unas tareas que son las específicas, aunque no las únicas, del trabajo académico que hay que afianzar y, desde luego, defender.

Santander, 2023



# Las claves para entender y aplicar correctamente la doctrina de la pérdida de oportunidad: Cómo, cuándo, cuánto y a quién se indemniza<sup>1</sup>

*María Jesús Gallardo Castillo*

Catedrática de Derecho Administrativo (Universidad de Jaén)

Presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía

“La Medicina es la ciencia de la incertidumbre y el arte de la probabilidad” (William Osler)

SUMARIO: I. PROEMIO. II. LA OTRA CARA DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD. III. LO QUE SE HACE MAL EN LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD. 1. En relación a la concurrencia de los requisitos. 2. En relación a la quiebra de *lex artis* y su trascendencia lesiva. 3. En relación a la cuantificación. IV. TRES POSIBLES FORMAS DE ENTENDER LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE LAS QUE SOLO UNA ES LA CORRECTA. 1. La pérdida de oportunidad como alternativa a la quiebra de la *lex artis*. 2. La oportunidad como valor en sí mismo y su pérdida, como daño autónomo “semejante” al daño moral. 3. La pérdida de oportunidad como criterio de imputación causal probabilística. V. CUÁNDO PROCEDE APLICAR LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD. VI. LA NECESIDAD DE MODULAR LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD. VII. INCORRECCIONES, PARADOJAS Y APORÍAS EN LA FORMA DE CUANTIFICAR LA INDEMNIZACIÓN. VIII. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA: ¿A QUIÉN DEBE INDEMNIZARSE LA OPORTUNIDAD PERDIDA? 1. Legitimación *iure proprio* de los perjudicados (no necesariamente herederos) por el daño moral que les produce el fallecimiento de un ser querido. Las llamadas “víctimas de rebote”. 2. ¿Tienen legitimación los herederos para reclamar por los daños morales y por el *petrium doloris* cuando la víctima originaria no ha presentado reclamación antes de fallecer? 3. Sucesión procesal de los

---

<sup>1</sup> Este estudio se realiza en el marco del grupo de investigación "Transversalidad e interdisciplinariedad del Derecho Civil" (SEJ-235) adscrito a los centros de investigación CIDES y CEIA3.

herederos en la reclamación que presentó la víctima originaria antes de fallecer. VIII. EPÍTOME.

**RESUMEN:** Una de las cuestiones más complejas de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario es la llamada “pérdida de oportunidad” dada la incertidumbre que con frecuencia se genera en torno a cuál hubiera sido el curso de los acontecimientos de haberse llevado a cabo una atención más tempestiva y más ajustada a la *lex artis* por parte del centro sanitario. Este trabajo pretende arrojar luz en relación a tales cuestiones y para hacerlo de forma didáctica expone, de una parte, lo que se hace mal al aplicar esta doctrina y ofrece las pautas para superar los errores y desaciertos en que se incurre, aportando las claves para aplicarla correctamente en cuanto a requisitos, cuantificación y determinación de las personas legitimadas para obtener la correspondiente indemnización.

**PALABRAS CLAVE:** Pérdida de oportunidad, incertidumbre causal, indemnización, cuantificación, legitimación.

**ABSTRACT:** “Loss of chance” is one of the most complex issues in medical liability of the Spanish public administration, as it is uncertain to determine to what extent a patient's chances of survival or recovery would have changed with a different course of action from the health administration.

This article reviews and analyzes the mistakes applying the doctrine and provides a statement of the correct application, concerning requirements, quantification and claimant legitimacy.

**KEYWORDS:** Loss of chance, causal uncertainty, compensation, quantification, legitimacy.

## I. PROEMIO

Decía Gregorio Marañón que “la medicina es como profesión, excelsa, pero como ciencia, humildísima, y hay que aceptar esta insuficiencia y esta humildad en gracia a esta excelsitud (...). Pedir cuentas al médico de su fracaso con un criterio científico, como se le pide a un ingeniero que ha calculado mal la resistencia de un puente, es disparate fundamental y es principio inaceptable<sup>2</sup>”.

Mucho ha avanzado la ciencia y la técnica desde que se pronunciaron estas palabras, pero es innegable que, aun con todos los avances que en estos años se han ido produciendo, la incertidumbre sigue siendo consustancial a la práctica de la me-

---

<sup>2</sup> MARAÑÓN, G. *Vocación y ética y otros ensayos*. Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1946, p. 105.

dicina<sup>3</sup> no sólo por la imperfección del conocimiento científico y por las naturales limitaciones humanas ante la enfermedad y la muerte<sup>4</sup> sino porque, como toda ciencia valorativa, la medicina resulta inexacta por definición<sup>5</sup>, pues ante los mismos síntomas, varios médicos pueden ofrecer distintos diagnósticos; ante un diagnóstico idéntico, tratamientos distintos; y ante un mismo tratamiento, distintas respuestas del organismo del paciente<sup>6</sup>. Todas estas circunstancias suponen una dificultad añadida a la compleja determinación de la posible responsabilidad patrimonial que deriva de las decisiones y actos sanitarios, tanto más cuando, como en los supuestos de pérdida de oportunidad, nos encontramos con un daño cierto, (aunque sea pasivo, es decir,

<sup>3</sup> Ahora bien, el hecho de que la incertidumbre sea consustancial a la práctica de la medicina (lo que impide la existencia de un “derecho a la curación”) no justifica que se le prive al paciente de las expectativas que resultan posibles. Dicha “falta de servicio” constituiría un daño que el ciudadano no tiene obligación jurídica de soportar por dos razones: por la obligación de los poderes públicos de garantizar la asistencia sanitaria y porque para ello debe aplicar todos los medios de los que dispone la Administración (recordemos que la prestación sanitaria se trata de una obligación de medios). Es precisamente en responsabilidad médico-sanitaria donde muestra mayor dificultad la prueba del nexo causal, “*motivada por la multiplicidad de causas y causantes a que puede obedecer el daño sufrido por el paciente que, además, se acrecienta cuando nos hallamos ante lo que podemos denominar daños pasivos, esto es, aquellos daños que suceden no por la acción directa del facultativo (daños iatrogénicos) sino debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento que privan al paciente de los cuidados médicos adecuados*” LUNA YERGA, A, “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”. *InDret, Revista para análisis del Derecho*, núm. 288, 2005.

<sup>4</sup> Así se afirma, entre otros, en el dictamen 600/2019 del Consejo Consultivo de Andalucía.

<sup>5</sup> La STS de 3 de octubre de 1997 (núm. 1188/1997; Recurso de Casación núm. 2326/1996) con cita de la Sentencia de 29 febrero 1996 lo llegó a afirmar con singular acierto: “La exigencia de responsabilidad del médico presenta graves dificultades porque la ciencia que profesan es inexacta por indefinición, confluyen en ella factores y variables totalmente imprevisibles que profocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, y a ello se añade la necesaria libertad del médico que nunca debe caer en audacia o aventura. La relatividad científica del arte médico (los criterios inamovibles de hoy dejan de serlo mañana), la libertad en la media expuesta, y el escaso papel que juega la previsibilidad, son notas que caracterizan la actuación en estos profesionales”.

<sup>6</sup> ARANGO RESTREPO, P. “La relación médico-paciente. Un ideal para el siglo XXI”, en *Médicas Uis, 2012;25(1):63-9. Revista de los estudiantes de medicina de la Universidad industrial de Santander*. Universidad de La Sabana. Bogotá D.C. Colombia, p. 66: “El arte médico consiste precisamente en descubrir al dueño de la enfermedad, más que a la enfermedad misma. Todos hemos oído y repetido muchas veces la frase del Dr. Marañón: “no hay enfermedades sino enfermos”. William Osler expresaba la misma idea con otros términos: “no hay que saber qué enfermedades tiene este paciente, sino que paciente tiene esta enfermedad”. “El problema de cada paciente es, pues, como el producto de dos cantidades, una de valor conocido, que es la enfermedad misma, la tifoidea, la diabetes, la que sea, y otra de valor eminentemente variable, que es la constitución del organismo agredido por la enfermedad” (*Venticinco años de labor. Recogida por sus discípulos*, Espasa Calpe, Madrid, 1935, p. 25). También afirmaba con todo acierto Gregorio Marañón: “La Medicina por mucho que quiera, su ciencia seguirá siendo una ciencia embrionaria, llena de lagunas e inexactitudes, y estas solo se pueden disimular con amor. Su prestigio exclusivamente científico estará, pues, por modo inevitable, expuesto a quiebras graves y continuas (...)”. MARAÑÓN, G. *Vocación y Ética y otros ensayos*. Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1946. Tomo la cita de ESPINOSA BRITO, A. “Guías de práctica clínica. Algunos aspectos relacionados con su elaboración e implementación”, en *Revista Electrónica de las Ciencias Médicas en Cienfuegos* 7(5), Medisur 2009, p. 37.

provocado no por acción directa del facultativo –daño iatrogénico- sino por error o retraso en el diagnóstico) pero que no puede atribuirse con absoluta certeza a un agente, lo que obliga a hacer una valoración en términos de probabilidad.

En este contexto podemos afirmar que la pérdida de oportunidad consiste en la desaparición de la *probabilidad* de acacimiento de un hecho favorable, lo que en sí mismo es susceptible de comportar para quien la sufre un daño reparable si esta probabilidad rebasa un determinado umbral. Lo que la doctrina de la pérdida de oportunidad hace entonces es conceder relevancia indemnizatoria a dicha pérdida, reconociendo responsabilidad a quien, con su conducta, privó a otro de sus legítimas expectativas de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio<sup>7</sup>.

Como es bien sabido, la teoría de la pérdida de oportunidad tiene un origen jurisprudencial relativamente reciente, razón por la que la doctrina no es pacífica en cuanto a su admisión ni unánime en cuanto a sus presupuestos y quizá también por esta razón esté plagada de numerosos errores y problemas de aplicación práctica. En cualquier caso, lo característico de ella es que no toma como base la causación de un daño final, sino la pérdida de una probabilidad o posibilidad cierta y real de obtener un beneficio. Como afirma Vicandi Martínez<sup>8</sup>, la primera parte de la explicación no entraña mayores complicaciones (existe un daño resultante pero no es el objeto de resarcimiento porque no lo ha provocado el agente dañoso). La cuestión se dificulta con el perjuicio objeto de indemnización, puesto que la actuación del médico ha ocasionado la no evitación de aquel resultado, ha incrementado el riesgo de que se produzca o no ha logrado la mejoría del padecimiento que requirió su asistencia. Y rodeado de ese elemento que todo (especialmente la relación causal) lo envuelve y empaña: la incertidumbre.

El escenario base para la construcción doctrinal de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria sería el de un paciente que acude a un hospital requiriendo la práctica de una prueba o un tratamiento concreto a fin de mejorar o sanar la enfermedad que padece. Sin embargo, los facultativos no terminan de acertar en el diagnóstico y, por tanto, en el tratamiento, lo que provoca su empeoramiento o fallecimiento. En esta situación se produce la confluencia de dos elementos esenciales: de una parte, la incertidumbre, puesto que cabe la posibilidad de que aun practicándose tempestivamente la prueba diagnóstica adecuada, el padecimiento no hubiese sido detectado, o que incluso conociéndose la patología, esta podría no ser tratada por la limitación de la ciencia o de la técnica; o, haberlo detectado y no obtener el resultado

---

<sup>7</sup> MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. “La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria”, en la obra colectiva *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, Llamas Pombo, E. (Dir.). LA LEY, Madrid, 2014, p. 209

<sup>8</sup> VICANDI MARTÍNEZ, A. “La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria. ¿Se puede cuantificar lo incuantificable?”, en *Derecho y salud*, vol. 25, núm. 2, 2015. p. 10.

pretendido por la fragilidad de la naturaleza humana. Y de otra, la certeza de que el enfermo ha visto sus posibilidades de sanación reducidas a cero<sup>9</sup>.

Insisto en esta precisión, pues constituye la razón no sólo de todas las discrepancias jurisprudenciales y doctrinales sino de la complejidad y dificultad de entendimiento de esta doctrina tanto en su explicación teórica como en su aplicación práctica. Así pues, son dos las características con capacidad definitoria a tener permanentemente en cuenta: de una parte, la incertidumbre y, de otra, la inexistencia de relación causal entre la acción u omisión y el daño producido.

Respecto de la primera, podría afirmarse que la incertidumbre afecta prácticamente a todo: a la incidencia que la patología previa ha podido tener en el resultado, al éxito o fracaso de los medios puestos (o no puestos) a disposición del paciente, a las consecuencias reales de la no aplicación de los mismos y a las posibilidades de evitar el daño final. La única certeza, el único aspecto que no genera dudas, es que al paciente se le ha privado de la posibilidad de obtener una ventaja, cual es la curación, la mejora o el margen de supervivencia, pero incluso en eso se desconoce realmente en qué medida.

Huelga señalar que la primera derivación de esta situación de incertidumbre generalizada se traduce en la necesaria aminoración de la indemnización. En efecto, la invocación y aplicación de la pérdida de oportunidad determina inexorablemente que, al menos por tres razones, el *quatum* indemnizatorio no pueda –no deba– abarcar la totalidad del perjuicio final sufrido. La primera, porque el facultativo no es el responsable ni en su origen ni en su resultado: la razón de base que llevó al paciente al centro sanitario (un padecimiento, una causa endógena, una condición o predisposición genérica) no ha sido ocasionada por el médico, y porque el resultado final (empeoramiento o fallecimiento) tampoco le es imputable en su totalidad. La segunda, porque aun suprimiendo de la ecuación la infracción de la *lex artis* por parte del facultativo y, por tanto, en una situación de normo-praxis (una más rápida y eficaz intervención del facultativo o haberse desplegado los medios necesarios) tampoco podría alcanzarse la certeza de que el daño final se hubiera podido evitar. Y, la tercera, porque toda esta doctrina se basa en suposiciones o hipótesis cuya traducción y materialización se proyecta en porcentajes de imposible fijación exacta y matemática<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Ibidem p. 20.

<sup>10</sup> Como advertía el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen 773/2018, no es coherente que los reclamantes fundamenten la pretensión indemnizatoria en pérdida de oportunidad y reclamen por el fallecimiento (el resultado final) ni tampoco es ajustado a Derecho otorgarla en su integridad. También dio cuenta de ello el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen 369/2023. La reclamación se fundamentaba en pérdida de oportunidad, pero en ella se solicitaba indemnización por fallecimiento (resultado final). El dictamen razona en su Fundamento V: “Yerran, sin embargo, los reclamantes en este planteamiento en tanto que, en lógica coherencia tanto con su propio alegato que descansa sobre la doctrina de la pérdida

A la incertidumbre se une la necesaria inexistencia de relación causal<sup>11</sup>. En la doctrina de la pérdida de oportunidad los postulados de la causalidad física no permiten hallar una conexión directa entre la posible actuación dañosa y el resultado final. Por ello jurídicamente es una contradicción en sus propios términos razonar con los clásicos cánones de causalidad para aplicarla a la *hipótesis* de que una actuación más acorde con la *lex artis* podría haber evitado o aminorado el desenlace final.

Ante esta situación de falta de causalidad, la doctrina se posiciona a favor de una de las dos posibles soluciones: la tradicional, que en la medida en que propugna que sin una conexión directa no cabe responsabilidad alguna, se manifiesta contraria a indemnizar las hipótesis, entre las que se encuentran las oportunidades perdidas; y la que viene manejando la jurisprudencia más evolucionada, que se orienta a considerar que la frustración de la probabilidad puede y debe ser objeto de indemnización por las razones que se van a exponer.

Y es que, ante el problema de la ausencia de certeza por falta de prueba de conexión clara entre la acción u omisión y el daño final, son tres los posibles criterios aplicables:

1.- El criterio de “todo o nada” (*“all or nothing approach”*). Este criterio resulta coincidente con la teoría general de la causalidad (en combinación con la dogmática general en materia de prueba) y obliga a que un solo sujeto pague con el peso total de la incertidumbre: si, ante las dificultades probatorias, el juzgador rebaja el estándar ordinario de prueba y, en consecuencia, para proceder a ordenarle reparar la totalidad del daño padecido le basta un nexo causal dudoso, dicha incertidumbre recaerá entonces sobre el agente dañoso. Por el contrario, lo hará sobre la víctima si el órgano judicial mantiene el estándar ordinario de exigencia de la prueba sobre la relación causal y libera de toda responsabilidad al agente (posiblemente) dañoso porque no se ha alcanzado el grado suficiente de certidumbre causal<sup>12</sup>.

---

de oportunidad (...) y, como afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009, 19 de octubre de 2011, 22 de mayo, 11 de junio y 3 de diciembre de 2012, procede atemperar el montante de la indemnización con la dificultad añadida de valorar las concretas circunstancias que concurren en el caso, incluidos los factores de riesgo y los padecimientos endógenos de la propia paciente, pues es lo cierto que el daño producido, si bien no es completamente ajeno a la actuación sanitaria tampoco está totalmente determinado por ella dado el proceso patológico que aquella sufría, se desconocen las probabilidades de curación con que ésta contaba y no puede colegirse una clara y evidente infracción de la *lex artis ad hoc*, circunstancias todas ellas que necesariamente tienen una directa y proporcional relación con la intensidad del daño moral que debe resarcirse”.

<sup>11</sup> Coincido con VICANDI MARTINEZ, A. Op. cit, p. 17, en que esta doctrina no incide en la práctica probatoria, sino en la causalidad. Su finalidad no es la de allanar la prueba al demandante, sino la de enlazar un nexo causal en aquellos asuntos en los que la causalidad no se encuentra demostrada al 100%.

<sup>12</sup> MEDINA ALCOZ, L. “La responsabilidad patrimonial como respuesta a la incertidumbre causal”: ¿problema del daño, de la causa o de la prueba? *Revista TEORDER*, núm. 6, 2009, pp. 203 y 204

2.- La teoría del incremento del riesgo. Esta teoría flexibiliza el criterio del todo o nada, pues le basta con acreditar que el funcionamiento anormal del servicio sanitario incrementó el riesgo inicial con que ya contaba el paciente de sufrir el daño final.

3.- La doctrina de la pérdida de oportunidad: “ni todo ni nada”. Respecto del nexo causal y frente a su planteamiento dual del “todo o nada” este criterio viene a introducir una mayor flexibilización, pues propugna aplicar un criterio de proporcionalidad y de equilibrio al distribuir el peso de esa incertidumbre entre las dos partes implicadas: el agente responde sólo en proporción a la probabilidad de que fuera autor del menoscabo; y la víctima obtiene sólo una indemnización parcial acomodada a la probabilidad de que hubiera dejado de padecer el daño de no haber mediado el hecho lesivo. De este modo se brinda una solución compensada y más justa, pues evita que la víctima se vea privada de resarcimiento por el perjuicio sufrido y el agente (posiblemente) dañoso por razones de dificultad probatoria quede exonerado o que, por el contrario, se le obligue a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado<sup>13</sup>, que podría haberse producido igualmente y que, en todo caso, no ha ocasionado en su integridad.

## II. LA OTRA CARA DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Pero si tan acorde es la doctrina de la pérdida de oportunidad con el ideal de justicia, ¿por qué buena parte de la doctrina se muestra tan abiertamente opuesta a admitirla? En efecto, frente a quienes la defienden a ultranza –entre los que me encuentro-, otro sector la han calificado con inusitada dureza. La primera consideración sobre la que advierten es que se trata de una doctrina de muy cómoda aplicación, porque permite aprovechar las dispensaciones de prueba de las que goza el daño moral y acudir al prudente arbitrio para fijar la indemnización. De igual forma se viene censurando su elevado margen de inseguridad y su aplicación, que se ha llegado a calificar de arbitraria: en primer lugar, porque, como afirma Fonseca Ferrandis<sup>14</sup>, probar la incertidumbre “es metafísicamente imposible”, lo que supone ya no sólo la ausencia de reglas para su configuración teórica y su aplicación práctica sino porque no permite alcanzar la certeza del criterio que genere una mínima seguridad jurídica a las víctimas, tanto a la hora de determinar el *quatum* indemnizatorio,

<sup>13</sup> MEDINA ALCOZ, L. Op. cit.

<sup>14</sup> FONSECA FERRANDIS, F. Mesa Redonda en *Foro Sanidad y Derecho*, sobre “La Pérdida de Oportunidad Terapéutica. La Valoración del Daño” (9 de Abril de 2015). Hospital U. La Paz de Madrid. Tomo la cita de HURTADO DÍAZ-GUERRA, I. *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria: criterios de racionalización*. Tesis doctoral dirigida por la Dra. Ana María de Marcos Fernández, Universidad Autónoma de Madrid, marzo 2017, p. 245.

que en demasiadas ocasiones no se fija con porcentajes probabilísticos basados en criterios científicos, como al permitir reconocer indemnización en supuestos que no han alcanzado el mínimo grado de probabilidad o de certeza suficiente en la causación del daño.

A ello debe añadirse que la aplicación poco rigurosa de esta figura favorece su uso abusivo, lo que la convierte en un recurso dúctil y manejable, en una suerte de “concepto-válvula o “remedio comodín”<sup>15</sup>, una de esas “cláusulas ortopédicas” para situaciones de insuficiencia probatoria ante un hecho incierto<sup>16</sup> y que terminan por traducirse en indemnizaciones salomónicas del 50% o por identificar el daño corporal con el “*haz vaporoso*” de lo que la doctrina considera el daño moral (STS de 25 de junio de 1998<sup>17</sup>) con el objetivo de escudarse en el subjetivismo propio de su valoración. No sin cierta ironía se la ha identificado como una “herramienta multifunción”, pues es capaz de solventar todo tipo de problemas en la configuración de los presupuestos jurídicos de la responsabilidad patrimonial, que igual se utiliza para paliar los problemas que ocasiona a este respecto la incertidumbre que se proyecta sobre el daño ocasionado, sobre la antijuricidad o sobre el nexo causal<sup>18</sup>.

En definitiva, los detractores de esta teoría la consideran una “anomalía” del Derecho, ya que si la ausencia de causalidad es, como hemos avanzado y después se analizará, consustancial a la pérdida de oportunidad, por su virtud se hace responsable, no al causante material del daño, sino a quien probablemente pudo haberlo sido, lo que necesariamente entra en contradicción con el postulado básico del derecho de daños, cuya primera exigencia es justamente que alguien haya causado un daño; no alguien del que sólo se sabe que pudo causarlo<sup>19</sup>. Por ello algún autor ha llegado a afirmar que esta doctrina constituye una “afrenta a la causalidad”<sup>20</sup> o que es un artificio para sortearla<sup>21</sup>. Hay quien habla de la pérdida de oportunidad como una

---

<sup>15</sup> GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup> C. “La doctrina sobre la pérdida de oportunidades en el ámbito sanitario: ¿Una oportunidad perdida?”, en la obra colectiva *Responsabilidad médico-sanitaria*, dirigida por Herrador Guardia, M. (Dir.) Las Rozas (Madrid), Ed. Sepín, 2022, p. 491.

<sup>16</sup> XIOL RIOS, J.A. “El daño moral y la pérdida de oportunidad” en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 2010, pp. 9 a 38.

<sup>17</sup> Núm. 609/1998, Recurso de Casación núm. 873/1995.

<sup>18</sup> HURTADO DÍAZ-GUERRA, I. *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria* (...). Op. cit., pp. 243 y 286.

<sup>19</sup> ASENSI PALLARÉS, E. “La evolución de la doctrina de oportunidad en responsabilidad médica”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013 p. 233.

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. “La teoría de la pérdida de oportunidad. Comentario a una reciente monografía”, en *Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 1, 2009, pp. 6 a 26, concretamente p. 15.

<sup>21</sup> GIL MEMBRADO, C. “Pérdida de oportunidad en responsabilidad sanitaria por falta o deficiencia de información: ¿Un artificio para sortear la causalidad?”, en la obra colectiva *Cuestiones clásica y*

“mentira técnica”<sup>22</sup> porque en ella no hay nada seguro, ni siquiera la propia oportunidad, que es sólo probable, pues una vez eliminada se desconoce si una conducta más acorde con la *lex artis* habría evitado el perjuicio final de la víctima.

Hay que reconocer, pues, que nos movemos, en una zona peligrosa, entre lo seguro y lo hipotético, entre lo cierto y lo posible, en que lo único cierto es algo tan incierto como la probabilidad<sup>23</sup>. No olvidemos que al hablar de pérdida de oportunidad siempre hablamos de una “representación ideal”<sup>24</sup> de los acontecimientos, con frecuencia muy lejanos a la realidad de la práctica clínica diaria: envueltos en una especie de “pensamiento mágico” suponemos que el facultativo con su acción u omisión ha distorsionado el curso ordinario de las cosas, que al hacerlo ha incurrido en mala praxis y a pesar de no poder aseverar —e incluso reconocer— que en las mejores de las condiciones la víctima hubiera podido terminar sufriendo el daño, se le condena como si lo hubiera causado o hubiera podido evitarlo.

Pero, con todo, pese a los inconvenientes que no dudo plantea esta doctrina, coincido con Medina Alcoz en que es la solución menos mala pues, si prescindimos de ella, quedarían sin resarcir muchos daños cuya efectividad está fuera de duda, fomentando una sensación social generalizada de injusticia y se dejaría de cumplir la función reparadora de la responsabilidad patrimonial.

Sí es necesario poner el foco en su principal problema porque sólo siendo conscientes de él estaremos en mejor disposición para evitarlo: su desmesurada potencialidad aplicativa<sup>25</sup>, tanto por *arriba* como por *abajo*. Ocurre lo primero cuando, concurriendo prueba suficiente del nexo causal o de un alto porcentaje de probabilidad de sanación o mejora, la Administración se ampara en esta doctrina para dejar de indemnizar parte de la reparación a la que la víctima tenía derecho o para indemnizarle con una cantidad manifiestamente ridícula: en cualquier caso, cuando deja de reconocerle el resarcimiento íntegro del daño antijurídico ocasionado. Ocurre lo segundo cuando se aplica la doctrina a situaciones en que es ínfimo el porcentaje de

---

*actuales del Derecho de daños: estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*. Ataz López, J., Cobacho Gómez, J.A., Roca Guillamón, J., Díaz-Bautista Cremades, A. (Coord.) Vol. 2, 2001, pp. 1057 a 1110.

<sup>22</sup> Contrario a este criterio se manifiesta MEDINA ALCOZ, quien entiende que el nexo causal no se da por probado, sino que se actúa “como si estuviese probado” con fundamento en indicios razonables y oportunidades reales y fundadas. GASCÓN ABELLÁN, M. y MEDINA ALCOZ, L. “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)”. *Teoría y Derecho*, núm. 6, 2009, pp. 191 a 226, concretamente p. 196.

<sup>23</sup> MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. “La doctrina de la pérdida de oportunidad”... op. cit., p. 228.

<sup>24</sup> GARCÉS-GARRO RANZ, M., “La consolidación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario: teoría, articulación de la prueba y cuantificación de la indemnización”, en *RC, Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 4, 2014, pp. 7 y 8.

<sup>25</sup> GASCÓN ABELLÁN y MEDINA ALCOZ, “Pueden declararse responsabilidades por daños...?”, op. cit., p. 197.

posibilidades de supervivencia o mejora, imponiendo así a la Administración sanitaria un injusto deber resarcitorio, no sólo porque el facultativo no fue el causante del daño sino porque es muy poco probable que lo fuera, con lo que en estos casos se están indemnizando daños inexistentes pues por tales han de reputarse a efectos indemnizatorios aquellos que en modo alguno han sido ocasionados por la Administración<sup>26</sup>.

En este sentido advierte Mir Puigpelag<sup>27</sup> que la aplicación abusiva de la figura de la pérdida de oportunidad tiene el riesgo de ser empleada para eludir una prueba rigurosa del nexo causal: en unos casos puede beneficiar indebidamente a las víctimas cuando por su virtud se les otorgue alguna indemnización en supuestos en los que, de haberse aplicado la prueba, se habría acreditado que una correcta actuación de la Administración no hubiese conseguido evitar el daño, pero, en otros, puede perjudicarlas cuando comporte la reducción de la cuantía indemnizatoria a pesar de que esa misma actividad probatoria habría demostrado la existencia de relación de causalidad entre la acción u omisión y el resultado lesivo.

Reconozco que el problema es más fácil de detectar en la teoría que de solucionar en la práctica y que estamos en presencia de una cuestión de extraordinaria complejidad, pero ello no debe suponer causa que justifique dejar de extremar el celo, sino acicate para hacerlo si queremos evitar este exceso o aplicación desproporcionada generadora de unos resultados tan perniciosos como los que trata de soslayar.

Pero si ha de evitarse el exceso, obviamente también el defecto en el que se incurriría cuando la Administración deja de aplicarla pese a que concurren los requisitos para hacerlo, atribuyendo como única imputación causal del daño a otras condiciones tales como complicaciones por causa de predisposición endógena o complicaciones imprevisibles o cualquier otra circunstancia análoga.

Para evitar uno y otro efecto, lo primero que debe hacerse es tener presente la funcionalidad que la justifica, que no es otra que servir de fórmula con que proporcionar tutela en supuestos de estricta incertidumbre y no una técnica con que reducir la indemnización de daños ciertos, ni un instrumento con que vincular a quien casi

---

<sup>26</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> C. “El escándalo de la pérdida de oportunidad”, *Diario la Ley*, núm. 9869, Sección doctrina, 2021, en este sentido advierte que es precisamente en el ámbito de la *vis* expansiva de la responsabilidad patrimonial donde se corre un riesgo mayor de convertir a la Administración Pública en una aseguradora universal de todo resultado adverso acaecido en el ámbito sanitario, con el consiguiente precio a pagar en sostenibilidad del sistema, inseguridad jurídica y costes económicos y humanos aparejados a la medicina defensiva.

<sup>27</sup> MIR PUIGPELAG, O. *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Cívitas, Madrid, 2000, p. 335.

con toda seguridad no causó el perjuicio<sup>28</sup> ni para paliar cualquier problema que se suscite en el enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial.

Por ello, contrariamente a lo que pudiera pensarse, la doctrina de la pérdida de oportunidad tiene carácter subsidiario, por lo que no sólo no debe usarse sin la estricta, rigurosa y acreditada concurrencia de sus requisitos sino que debe reservarse sólo y exclusivamente para un tipo de casos en los que se comprueba la existencia de una actividad que potencialmente ha podido frustrar las expectativas de la víctima<sup>29</sup>. Y pongo el énfasis en este dato porque ha de tenerse permanentemente presente que *no todo lo posible es probable* y que *lo probable tiene grados*<sup>30</sup>. Por tanto, aplicar la doctrina con carácter subsidiario supone hacerlo, primero, cuando no es posible hallar otra solución jurídica al caso y, segundo, cuando se cuente con la existencia real y verificable de una posibilidad seria y solvente de evitar el daño si el facultativo hubiera aplicado el tratamiento correcto o la intervención adecuada, para lo que debe exigirse prueba de que se ha cometido infracción de la *lex artis ad hoc* y la realización del juicio de probabilidad causal, con concurrencia de un umbral de posibilidades significativo pero insuficiente como para ser tenida por causa cualificada de que la conducta del tercero pudiera haber evitado el resultado final.

### III. LO QUE SE HACE MAL EN LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Como acaba de reconocerse, una práctica incorrecta y abusiva de esta doctrina encuentra en ella la solución perfecta para resolver gran parte de los problemas que se plantean, ya sea por dificultades de prueba o bien por la determinación de la causalidad, a la hora de valorar la responsabilidad patrimonial, lo que ha favorecido la aparición de voces críticas que se han alzado contra sus incorrecciones y desviaciones<sup>31</sup>, las que para su mejor entendimiento, podemos clasificarlas en tres:

#### 1. En relación a la concurrencia de los requisitos

Ciertamente en la doctrina de la pérdida de oportunidad, comparándolos con los requisitos generales del instituto resarcitorio, son singulares los que la hacen aplicable, especialmente en cuanto al daño y la causalidad (el daño no es el resultado final y la causalidad no existe respecto del mismo). Pero esta singularidad no exime

---

<sup>28</sup> MEDINA ALCOZ, L. “Capítulo IV. La doctrina de la pérdida de oportunidad en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Reflexiones críticas”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, número 47, dic. 2009, p. 127.

<sup>29</sup> VICANDI MARTÍNEZ, A. Op. cit., p. 18.

<sup>30</sup> MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. “La doctrina de la pérdida de oportunidad”... op. cit., p. 210.

<sup>31</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> C. “El escándalo de la pérdida de oportunidad”, op. cit.

de su concurrencia. Por ello el primer y más grave error es indemnizar no habiéndose acreditado los presupuestos de la responsabilidad patrimonial adaptados a la pérdida de oportunidad, singularmente, el daño y su efectividad<sup>32</sup>.

La primera exigencia en la doctrina de la pérdida de oportunidad es que “la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional ni (...) una ventaja simplemente hipotética” (STS de 25 de mayo de 2016<sup>33</sup>). Especialmente con amparo en esta doctrina deben dejar de indemnizarse situaciones de daños dudosos, inciertos o eventuales, así como daños no alegados cuya producción no puede presumirse. Respecto de los primeros porque así lo impone el art. 32.2 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) al exigir un daño efectivo. Respecto a los segundos, porque no debe olvidarse que por imperativo de los principios de congruencia y dispositivo, la Administración solo puede –y debe– pronunciarse en relación con los daños alegados por la parte reclamante. De lo contrario acabaría indemnizando por daños que no son ciertos pues conceptualmente por tales han de tenerse aquellos que no han sido invocados –ni probados– por la parte reclamante<sup>34</sup>.

Error especialmente reiterativo es intentar fundamentar el resarcimiento con invocación de la pérdida de oportunidad y justificarlo en la concurrencia clara de relación causal, cuando justamente este es un caso paradigmático de curso causal no verificable o causalidad hipotética. Lo diré más taxativamente: cuando de pérdida

---

<sup>32</sup> El dictamen 304/2022 del Consejo Consultivo de Andalucía pone su énfasis en este requisito. El dictamen rechaza la pretensión indemnizatoria con cargo a la pérdida de oportunidad porque no concurre en este caso el singular daño y su efectividad propios de tal doctrina: “En los casos de pérdida de oportunidad ha de producirse el resultado final (v. gr. el empeoramiento de un padecimiento, el fallecimiento o cualquier otra consecuencia lesiva de agravamiento de la situación inicial de la que partía el paciente) aunque éste no constituye (he aquí una de las singularidades de esta doctrina) el objeto de resarcimiento (puesto que si lo fuera no lo sería en concepto de pérdida de oportunidad sino por daño final, lo que ya hemos analizado que no procede en este caso), pues el daño y su efectividad viene constituido por la *frustración* de la oportunidad *irreversiblemente* perdida (que en unos casos será la supervivencia y en otros, la mejoría o la curación), lo que no concurre en este caso, puesto que el servicio sanitario abordó con eficacia y éxito la afección coronaria (...). En consecuencia, no se ha producido un lesivo resultado final ni tampoco incertidumbre causal o causalidad probabilística –esto es, el “porcentaje” de mejoría que se ha frustrado– en torno a una secuencia distinta de hechos si se hubiera actuado con otro parámetro de actuación. Simplemente el resultado final no ha tenido lugar. Y al no producirse dicho resultado final tampoco existe frustración alguna en la oportunidad de evitarlo y mucho menos, una irreversible pérdida de la misma que haya que indemnizar. La intervención quirúrgica, la implantación de stents y la prescripción del adecuado tratamiento por parte de los servicios sanitarios, lejos de merecer la consideración de daño ni de frustración de oportunidades que merezca reproche patrimonial ni de cualquier otro tipo, constituye manifestación de un funcionamiento no sólo normal sino óptimo de la Administración sanitaria”.

<sup>33</sup> Núm. 1177/2016, Recurso de Casación 2396/2014.

<sup>34</sup> En este sentido, los dictámenes 205/2018, 238/2019 y 283/2019 del Consejo Consultivo de Andalucía.

de oportunidad se trata, se revela como requisito imprescindible la inexistencia de relación causal entre el déficit asistencial y el resultado final –no así entre dicho déficit y la frustración de la posibilidad cierta de obtener la situación ventajosa-. Es decir, se requiere incertidumbre causal y, en virtud de ella, ha de urdirse un cálculo prospectivo de probabilidades en donde se infiera la oportunidad lesionada (que era con la que contaba el paciente al momento de producirse aquel déficit asistencial) así como que una buena praxis hubiera evitado el resultado final, de tal forma que tomando como punto de referencia ese probable resultado final se proceda al cálculo del *quantum respondedatur* a partir de los citados datos probabilísticos. Como vemos, nada que ver con una causalidad directa entre la acción u omisión del agente y el resultado lesivo.

En muchas ocasiones la cuestión se resuelve enfrentando las dos opciones posibles: la relación causal con el consiguiente resultado final *versus* la incertidumbre respecto del curso causal y la consiguiente pérdida de oportunidad de evitarlo. Concorre la primera cuando consigue acreditarse que el anormal funcionamiento del servicio público fue la causa próxima y eficiente del daño ocasionado y que en caso de que el servicio público sanitario hubiera cumplido con los parámetros de actuación indicados no se hubiera producido el resultado final, en cuyo caso procederá indemnizar por tal resultado final y no simplemente por la pérdida de oportunidad de evitarlo. Concorre la segunda cuando se ha producido la frustración de las posibilidades de mejora de la salud, en cuyo caso resulta requisito imprescindible justamente la inexistencia de relación causal entre el déficit asistencial y el resultado final<sup>35</sup>. Por esta razón no debe utilizarse la doctrina de la pérdida de oportunidad, basada en la incertidumbre, en lo incierto, en lo hipotético, en lo que no fue pero que no se sabe a ciencia cierta si pudo haber sido o si pudo haberse evitado (en palabras del dictamen 283/2019 del Consejo Consultivo de Andalucía) y hacerlo en supuestos en que existe un diagnóstico de certeza y donde se manejan daños ciertos, concretos y efectivos.

## 2. En relación a la quiebra de *lex artis* y su trascendencia lesiva

Presupuesto previo y básico es la prueba de la mala praxis en la actuación del facultativo y su decisiva relevancia en la frustración de las probabilidades de mejora o curación del paciente<sup>36</sup>, pues concurre pérdida de oportunidad, de vida o de curación, “cuando en la asistencia médica correspondiente se ha omitido un diagnóstico adecuado, un tratamiento específico, el suministro de un concreto fármaco o una

<sup>35</sup> Así lo subrayó el dictamen 238/2019 del Consejo Consultivo de Andalucía.

<sup>36</sup> Acierta en este sentido la STS de 26 de septiembre de 2014 (Recurso de Casación 3637/2012, ECLI:ES:TS:2014:4023), que casa la sentencia recurrida puesto que reconocía indemnización por pérdida de oportunidad pese a que no se podían apreciar al caso la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigibles para fundamentar la estimación de la pretensión indemnizatoria al no poder tenerse por probada la infracción de la *lex artis ad hoc* al haberse realizado todas las pruebas diagnósticas requeridas y no poderse constatar un diagnóstico erróneo ni la omisión de comprobaciones o exámenes exigibles.

mayor celeridad en la actuación, de tal modo que se habría privado al paciente, previsiblemente, de una mayor posibilidad de curación” (STS de 18 de julio de 2016<sup>37</sup>) o cuando se “ha omitido una conducta terapéutica” (STS de 25 de mayo de 2016<sup>38</sup>).

Así pues, no son jurídicamente correctas las condenas de resarcimientos cuando (como hace la STS de 27 de enero de 2016<sup>39</sup> o la STSJ de Madrid de 24 de octubre de 2007<sup>40</sup>) se ha producido tal frustración sin haber mediado infracción de la *lex artis ad hoc*, o como hace la STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2015<sup>41</sup>, que reconoce expresamente que el retraso producido “no puede ser considerado como una mala praxis” pero concede una indemnización de 28.000 euros ante la mera incertidumbre sobre si una mayor premura habría logrado una más rápida recuperación. Tampoco lo es cuando esta concurre pero no es determinante del daño finalmente producido, como lo hacen las SSTS de 20 de marzo<sup>42</sup> y de 24 abril de 2018<sup>43</sup>, que concedieron una indemnización simbólica a pesar de reconocer que, siendo la actuación contraria a la *lex artis*, no tuvo trascendencia lesiva. Ambas afirmaciones –lo afirmo sin reparos– me parecen incorrectas.

Por resultar esclarecedor en tal sentido puede citarse, a título de referencia, el dictamen 304/2022 del Consejo Consultivo de Andalucía. En el asunto sometido a consulta el paciente postulaba reparación indemnizatoria porque se había producido mala praxis por parte del hospital, que no le había comunicado al médico de atención primaria ni a al paciente el resultado elevado de glucosa en sangre para que aquel le prescribiera el tratamiento adecuado. A los seis meses el paciente sufrió un infarto de miocardio, que fue abordado con éxito. La *mala praxis* (que el dictamen no

<sup>37</sup> Recurso de Casación 4139/2014, ECLI:ES:TS:2016:3819.

<sup>38</sup> Núm. 1177/2016 de 25 mayo, Recurso de Casación 2396/2014.

<sup>39</sup> En ella se afirma que no se ha apreciado que haya mala praxis, sino pérdida de oportunidad, conceptos que no son estrictamente equiparables.

<sup>40</sup> Núm. 1176/2007; Recurso 1221/2004. La reclamante, que padecía miopía magna, se vio privada del tratamiento adecuado en el momento en que debió recibirlo, lo que provocó que la enfermedad progresara hasta el punto en que el tratamiento ya no tenía utilidad. Consecuencia de lo cual perdió prácticamente la visión útil del ojo, lo que, según queda acreditado en autos, se podía haber evitado en un alto porcentaje si se hubiera actuado correctamente. La sentencia reconoce que no es apreciable *mala praxis* pero sí una tardanza injustificada en aplicar el tratamiento correctamente prescrito, lo que no constituye “la causa de la pérdida de visión en el ojo izquierdo que padece -evolución natural de la enfermedad-, sino la pérdida de oportunidad de haber retrasado en el tiempo la escasa AV del ojo izquierdo que, en todo caso, acabaría padeciendo la demandante”. La sentencia, de acuerdo con lo razonado más arriba, califica el daño sufrido por consecuencia de esa pérdida de oportunidad como daño moral, al tratarse de una pérdida de expectativa, puesto que el resultado se hubiera producido igualmente, “si bien podría (tampoco era seguro) haberse retrasado en el tiempo”.

<sup>41</sup> Núm. 205/2015.

<sup>42</sup> Núm. 462/2018, Recurso de Casación núm. 2820/2016, ECLI:ES:TS:2018:1096.

<sup>43</sup> Núm. 665/2018, Recurso de Casación núm. 447/2016, ECLI:ES:TS:2018:1546

niega) consistió en no informarle que sufría diabetes y en no comunicarlo al Servicio de Atención Primaria. Pero para determinar si procede estimar la reclamación el dictamen examina qué incidencia real ha tenido el desconocimiento de este dato en la producción del infarto (que, insistimos, fue abordado con éxito) y afirma: “Sólo con una prueba que acredite que se hubiera podido evitar en el lapso temporal que media desde la analítica hasta el infarto (nueve meses aproximadamente, desde agosto de 2016 a mayo de 2017) cabría indemnizar por esa oportunidad perdida –cuyos requisitos después se examinarán, ya que no cualquier porcentaje de oportunidad cabe ser indemnizado-. En síntesis, demostrada la anormalidad del servicio se requiere probar *su trascendencia lesiva* pues, como es sabido, no toda anormalidad da lugar a reparación indemnizatoria”. En consecuencia, el dictamen es desfavorable a la indemnización reclamada porque “la falta de comunicación del nivel de glucosa en sangre *no ha resultado trascendente* –al menos, no se ha demostrado que lo haya sido, constando como constan, además, en el expediente que concurrían otros factores de riesgo nada despreciables en relación con las enfermedades cardiovasculares –*ni ha provocado un daño relevante* –porque el escaso lapso de tiempo transcurrido desde la analítica a la fecha en que se produjo el infarto no hubiera permitido suprimir el riesgo de sufrirlo (al menos, no se ha demostrado que lo hubiera evitado), y porque este fue abordado con éxito por los servicios sanitarios en el momento en que se produjo”.

En consecuencia, no se niega que “ha[ya] concurrido anormalidad en el funcionamiento del servicio público al no haberse producido el intercambio de información del nivel de glucemia del paciente entre el Servicio de Urología y Atención Primaria y al propio paciente. Lo que se niega es que esta anormalidad del servicio sea resarcible, pues para que pueda anudársele un deber resarcitorio se requiere igualmente que dicha anormalidad haya generado un daño de trascendencia patrimonial –esto es, que tenga cierta entidad, pues no otra cosa es el requisito de evaluación económica- aunque sea en concepto de daño moral. De no ser así no es dable conceder indemnización alguna como daño moral autónomo pues para que resulte procedente no basta, insistimos, la mera anormalidad en el funcionamiento del servicio sino que se requiere que se haya producido *un detrimento patrimonial con trascendencia lesiva apreciable y relevante* por su gravedad y su correspondiente impacto causal. De lo contrario, se estaría acudiendo al instituto resarcitorio no con las finalidades reparadoras ni compensatorias que lo justifican, sino con pretensiones punitivas o sancionadoras que, aun procediendo –como pudieran proceder en este caso- le son completamente ajenas y cuya valoración tampoco corresponde efectuar a este Consejo Consultivo. Por tanto, una eventual irregularidad cometida por la Administración al no suministrar con la diligencia debida la información sanitaria del enfermo al Servicio correspondiente no pasa de ser una infracción de los deberes profesionales, con posibles

repercusiones en otros órdenes, pero carente de consecuencias en la esfera de la responsabilidad patrimonial”.

Esto nos lleva a descartar como válidas aquellas condenas resarcitorias por pérdida de oportunidad por no haber utilizado un tratamiento distinto o una técnica diferente, cuando la empleada era igualmente adecuada y aconsejada por los protocolos científicos<sup>44</sup>.

Por último, tampoco se antoja acertado condenar con amparo en esta doctrina los casos de omisión de información y en las acciones *wrongful birth* o *wrongful life* (nacimiento injusto o vida injusta)<sup>45</sup>, los cuales deben ser indemnizados (si se materializa el riesgo no informado) como daño moral autónomo por *lesión a la autonomía del paciente* o como *daño físico*, pero no por pérdida de oportunidad, cuya expresión en estos casos sólo impropiamente puede admitirse<sup>46</sup>, esto es, como equivalente a la pérdida de *la oportunidad* (es decir, *privación*) *del derecho a decidir*.

Como acertadamente afirma García Garnica, la doctrina de la pérdida de oportunidad debe proyectarse sobre hechos, no sobre voluntades<sup>47</sup>. Por ello, no debe concederse relevancia jurídica a la posibilidad, hipotética y valorada *ex post facto* (cuando se ha producido el resultado negativo) de que la víctima hubiera adoptado otra decisión de haber conocido *ex ante* los riesgos del acto sanitario al que se

---

<sup>44</sup> STS de 6 de febrero de 2018, núm. 169/2018, Recurso de Casación núm. 2302/2016, ECLI:ES:TS:2018:352.

<sup>45</sup> Así lo defienden MARTIN CASAL, M. y SOLÉ FELIU, J. “Comentario a la STS de 7 de junio de 2002”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 60, 2002, pp. 1114-1115. En igual sentido, por LUNA YERGA, A., “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria. *InDret, Revista para análisis del Derecho*, 2005, núm. 288, p. 14.

<sup>46</sup> Así parece hacerlo la STS de 16 de enero de 2012 (Recurso de Casación núm. 2243/2008, ECLI:ES:TS:2012:279), que, corrigiendo el criterio de la sentencia dictada en primera instancia que otorgaba la indemnización por el daño final producido, redujo la indemnización en un 50%, al considerar que el daño “es el que resulta de haber omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo y de su posterior materialización, de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado; que la negligencia médica ha comportado una pérdida de oportunidad para el paciente que debe valorarse en razón de la probabilidad de que, una vez informado de estos riesgos personales, probables o típicos, hubiera decidido continuar en la situación en que se encontraba o se hubiera sometido razonablemente a una intervención que garantizaba en un alto porcentaje la posibilidad de recuperación”. También así la SAP de León 15 septiembre 1998 (AC 1998, 1504) en relación a la privación de la posibilidad de elegir entre dar a luz a un hijo con síndrome de Down a abortar, que la sentencia sitúa en la pérdida de una oportunidad.

<sup>47</sup> En igual sentido PASQUAU LIAÑO, M. “Responsabilidad por inadecuada o insuficiente información al paciente de los riesgos propios de la intervención médico-quirúrgica: cuándo se responde y cómo se determina el importe indemnizatorio”, en *Ponencias XII Congreso sobre responsabilidad civil y derecho de circulación. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. López García de la Serrana y Estrella Ruiz (Dir.) Madrid, Ed. Sepín, 2012, p. 217.

sometió<sup>48</sup>. Lo relevante para la doctrina de la pérdida de oportunidad es el hecho consistente en una *mala praxis* actuada *por un tercero* que ha generado esa situación hipotética. Esto es, la probabilidad siempre ha de ser externa y ajena a la víctima porque, si bien se mira, las alternativas que a esta se presentan y que dependen de su decisión no deben ubicarse en el ámbito de lo aleatorio o del azar<sup>49</sup> precisamente porque la materialización del evento es algo que se encuentra bajo su control, ya que la facultad de decidir someterse o no a una intervención quirúrgica u otra medida terapéutica está sometida a la sola voluntad y decisión del paciente que luego viene a ser el mismo sujeto con facultad para ejercer la reclamación como perjudicado. Por tanto, en puridad, no es un evento aleatorio.

En abstracto, lo que se produce en estos casos de forma incontrovertible es que, como consecuencia de una *mala praxis* por un incumplimiento del deber de informar de los riesgos o haberlo hecho de forma insuficiente, se ha vulnerado el derecho de tomar una decisión informada, pero no una pérdida de oportunidad de obtener un beneficio concreto conforme a los parámetros examinados. En consecuencia, el concepto indemnizable en los casos de omisión de información y en las acciones *wrongful birth o wrongful life* es la lesión a la autodeterminación, a la autonomía decisoria del paciente, que es el concepto que se erige en objeto de resarcimiento<sup>50</sup>, sin valorar la posibilidad, en términos de causalidad probabilística (consustancial a la pérdida de oportunidad), de que el paciente decidiera o no someterse a la intervención.

### 3. En relación a la cuantificación

Ya se razonó más arriba que resulta consustancial a la doctrina de la pérdida de oportunidad la minoración de la indemnización y que es una contradicción en sus propios términos fijar un *quatum* indemnizatorio que abarque la totalidad, esto es, en el 100% del resultado final (como hace la sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Cáceres de 29 de abril de 2019<sup>51</sup>). Ahora bien, ello no significa que resulten adecuadas aquellas que se minoran pero que lo hacen sin seguir el criterio correcto. Es lo que sucede cuando, como denuncia González Carrasco<sup>52</sup>, se determina una indemnización salomónica fijada al 50% de lo solicitado o de lo

<sup>48</sup> GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup> C. “La doctrina sobre la pérdida de oportunidades”... op. cit., p. 488

<sup>49</sup> RIBOT IGUALADA, J. “La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado”, en *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre, 2007, p. 40.

<sup>50</sup> En contra, GIL MEMBRANO, C. “Pérdida de oportunidad en responsabilidad sanitaria por falta o deficiencia de información: ¿un artificio para sortear la causalidad?... op., cit.

<sup>51</sup> Núm. 64/2019. ECLI:ES:JCA:2019:2616

<sup>52</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> C. “El escándalo...”, op. cit.

establecido en el baremo (STS de 20 de marzo de 2018<sup>53</sup> y STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2018<sup>54</sup>), o descontando simplemente del montante total las patologías previas del paciente<sup>55</sup> o cuando se fija a tanto alzado y de forma global (STS de 9 de junio de 2009<sup>56</sup>), sin el previo cálculo probabilístico, sin tomar en consideración la incertidumbre sobre las probabilidades de curación y sin acompañarlas de la debida motivación, lo que puede generar indefensión (STS 13 de julio de 2017<sup>57</sup> y la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 20 de abril<sup>58</sup>).

#### IV. TRES POSIBLES FORMAS DE ENTENDER LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE LAS QUE SOLO UNA ES LA CORRECTA

##### 1. La pérdida de oportunidad como alternativa a la quiebra de la *lex artis*

Son numerosos los pronunciamientos judiciales que aseveran que “la doctrina de la pérdida de oportunidad constituye una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis*” que “permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio”, entendiendo como antijurídico el daño que no tiene obligación de soportar aquel que lo padece (STS de 3 de diciembre de 2012<sup>59</sup> para la unificación de doctrina, de 20 de marzo<sup>60</sup> y 6 de febrero de 2018<sup>61</sup>, entre otras). Entiendo que afirmar que la pérdida de oportunidad es una figura alterativa a la quiebra de la *lex artis* y hacerla aplicable incluso cuando “tal quiebra no se ha producido” equivale

<sup>53</sup> Núm. 462/2018, Recurso núm. 2820/2016, ECLI:ES:TS:2018:1096.

<sup>54</sup> Núm. 760/2018, ECLI:ES:TJMJ:2018:13236.

<sup>55</sup> Es lo que hace la STSJ de Castilla la Mancha de 9 de diciembre de 2015 (núm. 366/2015, ECLI:ES:TJCLM:2015:3773), que parece realizar un cálculo probabilístico cuando maneja porcentajes del 80% pero termina descontando un 20% por las patologías que presentaba el paciente.

<sup>56</sup> Recurso de casación n° 1822 / 2005, que afirma: “A la hora de efectuar la valoración, como señala la sentencia de 10 de abril de 2008, “la Jurisprudencia (SSTS de 20 de octubre de 1987, 15 de abril de 1988 ó 5 de abril y 1 de diciembre de 1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990, derive de una “apreciación racional aunque no matemática” pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se “carece de parámetros o módulos objetivos”, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la S 23 de febrero de 1988, *las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria*”.

<sup>57</sup> Recurso de Casación núm. 955/2015, ECLI:ES:TS:2017:2839.

<sup>58</sup> Núm. 443/2021.

<sup>59</sup> Recurso de Casación 815/2012.

<sup>60</sup> Núm. 462/2018, Recurso de Casación núm. 2820/2016.

<sup>61</sup> Recurso de Casación núm. 2302/2016, ECLI:ES:TS:2018:352.

sencillamente a eliminar el requisito de la mala praxis. Bastaría, por tanto, con que exista otra opción posible de tratamiento o el empleo de una técnica distinta (entre todas las posibles dentro de una normo-praxis) a la elegida por el facultativo que *hubiera podido* tener un resultado más ventajoso para el paciente. Bastaría, por tanto, con que el facultativo hubiera elegido uno de entre los tratamientos posibles según protocolo pero que no hubiera conseguido el resultado pretendido y existan otros de los que *tal vez* hubiera podido obtenerse un resultado más satisfactorio. Técnicamente la opción elegida no fue incorrecta, no se ha producido infracción de la *lex artis*, no se ha actuado contra protocolo. Es sólo que no se ha obtenido la mejoría o la curación del paciente y que existían otras opciones clínicas posibles, aunque compartan con ella también su pronóstico incierto<sup>62</sup>.

Manifiesto sin reservas mi oposición a esta forma de entender y fundamentar la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, pues con ella se va más allá de la objetivación de la responsabilidad, convirtiéndola en una suerte de seguro a todo riesgo capaz de cubrir cualquier resultado adverso, en un ámbito tan evanescente como el sanitario en el que especialmente no debe admitirse prescindir de la mala praxis ni es posible exigir un resultado ni es dable pretender alcanzarlo comparándolo con el parámetro de idealidad deseado. Por esta razón los perjuicios a resarcir no deben estar establecidos en función de meras especulaciones o impresiones subjetivas desconectadas de la realidad. Definitivamente, este criterio contraría todos los postulados de la responsabilidad patrimonial, porque enjuicia y valora los hechos una vez que se ha producido y conocido el resultado, infringiendo la prohibición de regreso –lo que se denomina valoración *ex post facto*–, promueve la práctica de una medicina defensiva y convierte a la Administración sanitaria en una aseguradora universal que indemniza riesgos generales de la vida sin etiología probada<sup>63</sup>, instaurando así

---

<sup>62</sup> Defiende esta posición la STS 20 de marzo de 2018 (núm. 462/2018 de 20 marzo, Recurso de Casación 2820/2016, ECLI:ES:TS:2018:1096) que la justifica afirmando que cuando se considera que es aplicable aun cuando no se ha infringido la *lex artis*, lo que viene a decirse es que “su aplicación rebasa el ámbito en que ordinariamente despliega su eficacia la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el concreto sector que nos ocupa de la asistencia sanitaria pública, en tanto que la infracción de la “*lex artis*” (responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración) constituye el criterio rector determinante de su procedencia en la mayor parte de las ocasiones. Y ciertamente es así; aunque, desde luego, a propósito de esta cuestión de carácter general y por detenerse en ella un ápice, tampoco puede descartarse total y absolutamente, y en vía de principio, la impropiedad de dicha responsabilidad en otros casos en el ámbito de la sanidad pública; con base, siempre -eso sí-, en algún título específico distinto de imputación, más allá del defectuoso funcionamiento del servicio, como la creación de una situación de riesgo o en la irrogación de un sacrificio especial, porque sin imputación difícilmente puede prosperar la responsabilidad, en tanto que se trata de un requisito legalmente establecido al efecto no susceptible de soslayarse; y siempre que además el daño ocasionado resulte antijurídico, en la medida en que quien lo padece no tiene obligación de soportarlo”.

<sup>63</sup> GONZÁLEZ CARRASO, M<sup>a</sup> C. “El escándalo de la pérdida de oportunidad”, op. cit, pag. 6.

un sistema de responsabilidad punitivo que subvierte la finalidad resarcitoria y no sancionadora de la responsabilidad patrimonial<sup>64</sup>.

## 2. La oportunidad como valor en sí mismo y su pérdida, como daño autónomo “semejante” al daño moral

Para esta opción la oportunidad misma constituye un bien jurídico digno de protección, diferenciable y autónomo de la lesión producida al paciente, consistente en la frustración misma de la expectativa de haber obtenido un resultado favorable y al que considera reparable en concepto de daño moral, lo que excluye hacerlo *–inclusio unius, exclusio alterius–* en relación con la lesión producida en la salud o en la vida del paciente, que queda, o bien absorbida o bien orillada en aquel. Ahora bien, tan forzada se antoja esta asimilación –sobre todo cuando el reclamante postula por daño físico e incluso por lucro cesante y daño emergente derivados de aquella frustración– que son numerosos los pronunciamientos judiciales y los dictámenes de órganos consultivos autonómicos que no se atreven a dar el paso definitivo a la completa identificación entre la oportunidad perdida y el daño moral, e introducen un matiz revelador de la debilidad de su argumento cuando afirman que constituye un daño “que se asemeja en cierto modo”, que “tiene la consideración” o que es “similar” –por tanto, no igual– a él, convirtiéndolo así en una suerte de *tertius genus*, en un daño moral de baja intensidad, que está a medio camino entre el daño patrimonial y el daño moral pero que no acaba de encajar en una ni en otra categoría (por ejemplo, en las SSTs de 3 de diciembre de 2012<sup>65</sup> y 2 de enero de 2012<sup>66</sup>, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de marzo de 2010<sup>67</sup>, STSJ de Andalucía de 28 de marzo de 2019<sup>68</sup> y STSJ de Galicia de 22 de junio de 2020<sup>69</sup>, entre otras). La cuestión no es baladí pues, como se va a razonar a continuación, tanto los parámetros de valoración como los criterios y algunos principios procesales son afectados en su misma línea de flotación.

---

<sup>64</sup> Ej. la STSJ Madrid núm. 205/2015, de 13 de marzo de 2015, sobre un caso en el que a causa de la anestesia en una intervención, se le produce a la paciente una perforación esofágica. Calificado el retraso como una pérdida de oportunidad, y aunque “no puede ser considerado como una mala praxis”, se estima indemnizable al desconocerse si una actuación con mayor premura habría obtenido una más rápida recuperación, indemnizándose como daño moral en 28.000 euros. Esta sentencia es reproducción de los argumentos y fundamentación de la anterior STSJ de Madrid de 17 de febrero de 2015, núm. 153/2015 y de 10 de marzo de 2015, núm. 181/2015.

<sup>65</sup> Recurso de Casación núm. 815/2012.

<sup>66</sup> Recurso de Casación núm. 4795/2010, ECLI:ES:TS:2012:3.

<sup>67</sup> Núm. núm. 246/2010, ECLI:ES:TSJCV:2010:1017.

<sup>68</sup> Núm. 703/2019, ECLI:ES:TSJAND:2019:4406

<sup>69</sup> Núm. 299/2020, ECLI:ES:TSJGAL:2020:2966.

En efecto, como afirmé en otro lugar<sup>70</sup>, el hecho de operar en el terreno de la hipótesis no justifica que la oportunidad perdida deba evaluarse como daño moral. Concibo la oportunidad perdida como un valor pero entiendo que su pérdida constituye un perjuicio actual y cierto, aunque se precise de una operación intelectual para alcanzar su concreta determinación, es decir, un juicio de pronóstico sobre el resultado que hubiera sido esperable y que valore con qué probabilidades se contaban de no haber mediado el incorrecto funcionamiento del servicio sanitario. Como es bien sabido, los sistemas de valoración de los daños morales y los patrimoniales son radicalmente opuestos: el daño moral no es objeto de un sistema de tasación legal puesto que no puede calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, por lo que únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad. Como dejó afirmado la STS 27 de julio de 2006<sup>71</sup> esta circunstancia diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del *quantum* indemnizatorio de la mayor o menor probabilidad del resultado impedido por la acción dañosa. El daño patrimonial, sin embargo, aun cuando sea incierto (por no ser posible concretar su importe con referencia a hechos objetivos, por depender de acontecimientos futuros o por incertidumbre causal) sí admite referencias pecuniarias, y por ello no debe ser apreciado con los criterios de discrecionalidad propios de los criterios de compensación aplicables al daño moral, sino mediante una valoración prospectiva fundada en la previsión razonable de acontecimientos futuros y, en ocasiones, mediante una valoración probabilística de las posibilidades de alcanzar un determinado resultado que se presenta como incierto. Esto ocurre cuando el daño ha consistido en la privación irreversible de la posibilidad de obtenerlo, es decir, en la pérdida de oportunidad para el que lo padece.

Por otra parte, mientras todo daño moral efectivo debe ser objeto de compensación –los daños morales no se resarcan; se compensan-, aunque sea en una mínima cuantía, la valoración de la pérdida de oportunidad de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al valor reclamado hasta la negación de toda indemnización si se estima que nunca hubiera podido alcanzarse la situación de ventaja dada la existencia de razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado –pues no se pierde una oportunidad que nunca se tuvo<sup>72</sup>-. Por eso, como acaba de decirse, la responsabilidad por pérdida de oportunidad exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica

---

<sup>70</sup> GALLARDO CASTILLO, M<sup>a</sup> J. “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 2015, pp. 59 y 60.

<sup>71</sup> Núm. 801/2006.

<sup>72</sup> En este sentido la STS de 26 de febrero de 2007 (núm. 186/2007, Recurso núm. 715/2000) insiste en que siendo hipotético el daño por pérdida de oportunidad, “no puede dar lugar a indemnización cuando hay razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado”, pues “la responsabilidad por pérdida

o jurídica idónea para obtenerlo. De lo contrario no puede considerarse que exista perjuicio alguno y ningún daño puede existir en esta privación de una supuesta oportunidad que, realmente, no existía<sup>73</sup>.

En mérito a todos estos argumentos entiendo que no es acertada la jurisprudencia que subsume de forma automática en daño moral las oportunidades perdidas por más que maneje con inseguridad este argumento al opacarlo bajo la sombra de la *similitud* o la *semejanza* al daño moral. El daño moral lo es, o no lo es.

No me cabe duda de que la jurisprudencia y los órganos consultivos que operan con este criterio lo hacen con la mejor de las intenciones y por razones de equidad acaban utilizando el daño moral y su compensación como “criterio mensurador”, unas veces para tratar de indemnizar daños materiales que no pudieron ser acreditados<sup>74</sup> pero se intuye o se presume que existen, y otras, como una fracción compensada del daño corporal para cuyo resarcimiento no se halla suficiente justificación<sup>75</sup>. Pero tan loable intención no evita que esta forma de interpretar y de evaluar el daño constituya una ampliación inaceptable y excesiva de su propio sentido y naturaleza puesto que incluye conceptos que son verdaderos daños patrimoniales. El concepto de daño moral se percibe como premio de consolación y sirve así, una vez más, como un simple comodín que permite dar solución a problemas que no son atinentes a la clasificación de los daños sino a su prueba y valoración, porque, como bien se sabe, el daño moral tiene unas reglas de enjuiciamiento tan laxas que deja en manos del órgano consultivo o del decisor tanto su existencia como su valoración.

Lo paradójico, además, es utilizar para la fijación de la cuantía del daño moral el sistema de indemnización recogido en el Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, cuyos criterios no son precisamente los más adecuados a la indemnización del daño moral, en una combinación tan ajena a los parámetros y singularidades del sistema de esta norma, pues ni estamos en presencia de daños producidos en accidente de tráfico, sino en el ámbito sanitario, ni de daños directos sino pasivos al provenir de la incertidumbre propia de las oportunidades perdidas.

---

de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas”.

<sup>73</sup> Aunque dictada en el ámbito civil la STS de 27 de julio de 2006, núm. 801/2006, resulta ilustrativa en este sentido.

<sup>74</sup> Así por ejemplo, las SSTS de 28 de enero de 2005 (núm. 18/2005, Recurso de Casación núm. 3521/1998) y de 28 de abril de 2005 (núm. 273/2005).

<sup>75</sup> En este sentido, VICENTE DOMINGO, E. “El daño”, en la obra colectiva *Tratado de Responsabilidad Civil*. Reglero Campos, L.F. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2002, p. 228, y GARNICA MARTÍN, J.F. “La prueba del lucro cesante”, *Práctica de Tribunales*, núm. 37, LA LEY 1101/2007, 2007, p. 2.

Entiendo por estas y otras razones que después se analizarán que la frustración de una expectativa actual o de una oportunidad real es un daño cierto en sí mismo. Lo es porque la oportunidad, en sí misma considerada, ya constituye un activo que se integró en el patrimonio del sujeto y por ello su privación por parte de un tercero provoca la obligación de indemnizarle puesto que dicha oportunidad era susceptible de generarle una situación de ventaja en el futuro que ha quedado definitivamente frustrada. Esto provoca que pueda hablarse de certidumbre en el perjuicio –cual es la oportunidad misma que se ha perdido-. Otra cosa será que, a su vez, la oportunidad, como hecho, pueda ser fuente de daños tanto patrimoniales como morales, como veremos a continuación.

Por todo ello mi objeción a esta concepción de la pérdida de oportunidad traspasa el plano teórico y desciende a los riesgos reales de su aplicación práctica. Como ya se ha dicho, en puridad, para que proceda reparar el daño moral se requiere, primero, alegarlo, y segundo, acreditar la existencia de una situación real y no meramente hipotética de incertidumbre, angustia y zozobra derivada del funcionamiento anormal del servicio sanitario, lo que no siempre se hace. Entiendo que obviar este proceder y reconocer indemnización por daño moral cuando el interesado postuló en su reclamación patrimonial resarcimiento por daño físico vulnera principios tan elementales como el dispositivo y de congruencia, puesto que la resolución no sólo estaría concediendo pretensión distinta a la formulada, sino que también estaría realizando un cambio del interés lesionado y, con él, del objeto de la pretensión indemnizatoria<sup>76</sup>.

Es más, en un planteamiento estricto sobre las exigencias de la congruencia, podría afirmarse que el hecho de que se haya solicitado la reparación de la lesión y que se indemnice el *petrium doloris* o el daño moral supone alteración de la causa de pedir (art. 218.1 LEC). Y es que no se trata sólo de un tema de *quatum* (pedir más y que se conceda menos) sino de indemnizar un daño, un interés lesionado, un fundamento y un objeto distintos de los invocados<sup>77</sup>. En consecuencia, mutar la pretensión

---

<sup>76</sup> Así lo considera también GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> C. “Pérdida de oportunidad procesal: motivación de la identificación y valoración del daño y del nexo causal. Comentario a la STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 3959)”, *Cuaderno Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 107/2018, pp. 2 y 6, que señala que la condena por un daño moral descausalizado de la ventaja patrimonial solicitada supone una incongruencia procesal, ya que el fundamento de ese daño es distinto del patrimonio perdido. Y destaca que se produce así una “mezcla de criterios indemnizatorios, faltos de la previa y necesaria identificación del daño y valoración inmotivada”. En efecto, considera la pérdida de oportunidad como ontológicamente distinta de la que persigue el resarcimiento del daño final, sin que una absorba a la otra, ni el juzgador pueda cambiarlas. Además, más allá de que altere o no la causa de pedir, el cambio no es baladí, porque mientras en el primer caso el juicio probabilístico procedería en relación con la determinación del daño, en el segundo, en relación con el nexo causal.

<sup>77</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara I. “Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños” en *Estudios en Homenaje al Prof. Dr. Roca Guillamón*, Tomos I, II y III, marzo, 2021.

indemnizatoria del interesado que solicita reparación de la totalidad o de una fracción del daño corporal en un daño moral que no se había alegado ni solicitado constituye una infracción procesal que entiendo no debe superar juicio alguno de validez por imperativo de las citadas reglas procesales.

### **3. La pérdida de oportunidad como criterio de imputación causal probabilística**

Conforme a esta interpretación –que utiliza, entre otras, la STS de 21 de diciembre de 2012<sup>78</sup> y que entiendo la más correcta-, la pérdida de oportunidad se aplica en aquellos supuestos en que existe un engarce jurídicamente relevante entre la acción u omisión y el daño en términos de incertidumbre con probabilidad seria y solvente de haberse podido evitar el resultado final o la frustración de la situación de ventaja. De este modo la indemnización se proyecta a la fracción del daño final producido y no necesariamente ni solo al daño moral. Quiere decirse con ello que, a diferencia de la teoría anterior, el porcentaje de probabilidad en que se concrete la oportunidad perdida, pericialmente determinado, no se traduce únicamente en daño moral sufrido por la víctima ni deja al margen otros conceptos sino que puede proyectarse a los daños físicos, daños emergentes, lucros cesantes, a cualquier otro gasto generado e imputable a la Administración y también por supuesto, en su caso, al daño moral.

Siendo así cabe distinguir tres franjas: una superior, que es cuando existe certeza causal y la reparación del daño sería íntegra. Otra inferior, que permite asegurar que el agente no causó el daño o que las oportunidades perdidas no son serias sino ilusorias. La franja central, entre las anteriores en la que se residencia esta teoría y en la que existirá una probabilidad causal seria, que sin alcanzar el nivel máximo si supera el mínimo. De este modo se modula la cuantía de la reparación del resultado final en función del grado de probabilidad acreditado de que hubiera podido evitarse con la conducta alternativa debida.<sup>79</sup>

Este criterio ofrece la ventaja de eliminar o, al menos, minorar la inseguridad que genera la valoración a tanto alzado y en concepto de daño moral, dada la discrecionalidad con que se opera en estos casos, evita la indemnización por resultados improbables o daños puramente hipotéticos, así como que su valoración quede al prudente arbitrio del órgano decisor, que se ve compelido a motivar con criterios objetivos la cuantía otorgada, respeta el principio de congruencia puesto que la cuestión de imputación causal del daño es una cuestión jurídica y, por tanto, apreciable de

<sup>78</sup> RC 4229/2011.

<sup>79</sup> Así lo hace la STS de 14 de mayo de 2020 (Núm. 407/2020, ECLI:ES:TS:2020:1062) que, en virtud de informe pericial, terminó fijando en un 85% la oportunidad de supervivencia. También los dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía 437/2019, 459/2019 y 249/2021, entre otros.

oficio, y elimina el riesgo de incongruencia, dado que no altera el daño cuyo resarcimiento constituye el objeto del *petitum*.

¿Significa eso que propugne como única vía posible la imputación causal probabilística, con desaparición de la posibilidad de hacerlo como daño moral autónomo? Rotundamente, no. Se trata de establecer un orden preferente, donde el primer lugar lo ocupa este criterio pero con posibilidad de concebir la oportunidad perdida como valor en sí mismo y de concretar el daño en el valor de la expectativa frustrada como daño moral cuando pericialmente no puede ofrecerse el cálculo del menoscabo en la salud en términos de porcentaje del daño corporal probablemente causado.

## V. CUÁNDO PROCEDE APLICAR LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Por definición, la oportunidad o posibilidad de obtener un resultado nunca puede ser la certeza de conseguirlo. Y es que lo esencial no es tanto el resultado final –siempre incierto– como la evidencia de haber perdido para siempre la posibilidad de incidir en él y con ello, su desaparición definitiva porque no habrá nueva oportunidad para conseguirla. Insisto en ello: la pérdida de oportunidad se aplica sólo en supuestos de estricta incertidumbre causal (o de una causalidad meramente posible) puesto que es consustancial a esta doctrina el carácter aleatorio, lo incierto de la producción del daño y de su causación y, junto a ello, la probabilidad en forma de posibilidad cierta de haber podido obtener un resultado de no haberse producido aquella interferencia.

Se produce así una situación de coexistencia de un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre: de certeza en cuanto que de no haber interferido en el curso causal de los acontecimientos la acción antijurídica de un tercero, la víctima habría conservado la oportunidad de obtener un beneficio o de evitar una pérdida o perjuicio. Por tanto, existe certeza en cuanto a *la oportunidad*, que existía de obtener un resultado y también certeza en cuanto a *su frustración*, pues la oportunidad se ha perdido definitivamente. Y existe incertidumbre en cuanto al *resultado final* que, aún sin la interferencia de un tercero y aun manteniéndose incólume la situación, no puede garantizarse a ciencia cierta que no se hubiera producido igualmente. Y en tanto la doctrina de la pérdida de oportunidad se emplea en supuestos de estricta incertidumbre causal, ha de existir incertidumbre también en cuanto a la causación entre la acción u omisión de un tercero y el resultado final. Sin esta incerteza no estaríamos en presencia de una pérdida de oportunidad sino ante un supuesto de responsabilidad patrimonial con derecho a una indemnización plena.

Por tanto, no deben catalogarse como pérdida de oportunidad con trascendencia indemnizatoria: (a) los supuestos en que existe bien la demostrada causalidad y certeza absoluta de que el agente dañoso provocó el daño o bien un elevado porcentaje de que pudo haberlo evitado, por lo que en estos casos procede la íntegra reparación del daño causado, y (b) los supuestos en los que las probabilidades de que así hubiere ocurrido resulten bien nulas o bien insignificantes. Por consiguiente, como ya se avanzó más arriba, sólo ha lugar la aplicación de esta doctrina cuando se haya superado un umbral de posibilidades *significativo* de mejora o de supervivencia (como afirman los dictámenes 772/2018 y 650/2023 del Consejo Consultivo de Andalucía), esto es, rodeado de cierta solvencia, de características de idoneidad de alcanzar un resultado favorable, *pero insuficiente* como para ser considerada como causa cualificada de que la conducta del tercero causó el daño final o que hubiera podido evitar el resultado final<sup>80</sup>.

La dificultad se centra en determinar cuál es ese nivel mínimo (intermedio, podría decirse), de certeza exigible que hace aplicable la pérdida de la oportunidad. En Derecho angloamericano se cifra en un 50% y en Inglaterra en un 80%; pero en España la jurisprudencia no ha fijado ese umbral mínimo que haga indemnizable a la probabilidad o la oportunidad perdida. Parece razonable considerar que un porcentaje inferior al 30% o al 20% no debería entenderse que es suficientemente significativo sino, por el contrario, una posibilidad improbable o inexistente que no debería justificar una indemnización parcial ni proporcional sino que debería conducir a una desestimación de la indemnización postulada por los reclamantes. En mi opinión no son coherentes con esta doctrina aquellas resoluciones que afirman basta una posibilidad “*más o menos cierta*” o “*con cierta probabilidad* de que la actuación médica pudiera evitar el daño” o “*una mera especulación*” sobre las oportunidades perdidas (SSTS de 23 de septiembre de 2010<sup>81</sup>, 7 de septiembre de 2005<sup>82</sup>, de 26 de junio de

---

<sup>80</sup> Como afirma LATORRE, LUNA, L. “La aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño moral como concepto indemnizable”, en *Bioderecho*, núm. 8, 2018, “cuando el grado de probabilidad es elevado (a partir del 80%) se viene a convertir en razonable certeza (límite positivo), sin embargo, cuando el grado de probabilidad es inferior al 20% nos encontramos con una probabilidad nula (límite negativo), ubicándose la pérdida de oportunidad en el punto medio entre ambos extremos, negativo y positivo. De igual modo, se ha de tener presente que a efectos de delimitar cada caso no solamente se tienen en cuenta los grados de probabilidad, sino también otros factores, como las patologías previas de los pacientes, así como el hecho de que no exista ni siquiera una mínima probabilidad o una cierta incertidumbre de que, aunque no se hubiera producido el retraso, error de diagnóstico o demora, el resultado hubiera sido el mismo”.

<sup>81</sup> Recurso de Casación núm. 863/2008, ECLI:ES:TS:2010:4867.

<sup>82</sup> Recurso de Casación núm. 1304/2001.

2008<sup>83</sup> y de 16 de febrero de 2011<sup>84</sup>) o una pérdida de oportunidad “remota” (STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2007<sup>85</sup>), pues en ninguna de estas situaciones se alcanzó el grado de efectividad que requiere el artículo 32.2 de la LRJSP para que resulten indemnizables.

## VI. LA NECESIDAD DE MODULAR LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

### 1. Acción u omisión con infracción de la *lex artis*

El primero de los requisitos es que se haya producido un quebranto de la *lex artis* –más acertadamente, la *lex artis ad hoc*<sup>86</sup>- que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo<sup>87</sup>, o una “simple sintomatología evidente”<sup>88</sup> e indicativa de que se actuó tardía o incorrectamente o con omisión de medios, de tal forma que permita

<sup>83</sup> Recurso de Casación núm. 4429/2004.

<sup>84</sup> Recurso de Casación núm. 3747/2009, ECLI:ES:TS:2011:450, recursos de casación 3747/2009, 1304/2001, 4429/2004, 5927/2007 y 43/2010.

<sup>85</sup> Recurso 2159/2003.

<sup>86</sup> Como afirma ROMERO COLOMA, A.M. “La responsabilidad de la Administración sanitaria por retraso en pruebas médico-diagnósticas”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 16, 2004, la *lex artis* es el conjunto de reglas o principios que disciplinan el ejercicio correcto de cualquier arte, oficio o profesión, esto es, el conjunto de reglas y preceptos útiles para hacer bien una cosa o para practicar una ciencia o incluso el conjunto de contenidos de carácter ético y técnico-científico que son de aplicación necesaria en el ámbito de la actividad profesional y que se despliegan de forma particular en cada caso concreto. De ahí que con ella se valore la diligencia desplegada por su autor en su ejercicio, así como en el resultado producido. Sin embargo, como bien reconoció la STS de 11 de marzo de 1991 la *lex artis* como regla general y sin referencia al enfermo concreto no pasa de ser una cabal abstracción. Efectivamente, la técnica ha de adecuarse a las circunstancias del caso clínico concreto, esto es, a la denominada *lex artis ad hoc*, que consiste y se produce con la concreción de la *lex artis* general (que viene dada por el estado de la ciencia médica en cada momento y que se refleja en las publicaciones científicas, protocolos, conferencias, congresos, etc.), de la técnica genéricamente considerada, a un paciente determinado en contemplación de las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, tales como características ambientales (de tiempo, lugar, disponibilidades y recursos del centro en el que se realiza el acto sanitario), las especiales que afectan a su autor, a la profesión, la complejidad y trascendencia vital del paciente, y, en su caso, a otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria) y, en general, de los específicos y dependientes de cada caso concreto. De ahí que deba estimarse más adecuado hablar de *lex artis ad hoc*, en lugar de utilizar el concepto más genérico y simple de *lex artis*, cuando se trata de analizar hipotéticos supuestos de funcionamiento anormal del servicio público sanitario.

<sup>87</sup> STSJ de 20 de junio de 2019 (núm. 538/2019, ECLI:ES:TSJM:2019:4630).

<sup>88</sup> SSTs de 25 de junio de 2010 (Recurso de Casación núm. 5927/2007, ECLI:ES:TS:2010:3463) y de 17 de julio de 2012 (Recurso de Casación núm. 5334/2011, ECLI:ES:TS:2012:5177) y STSJ de Madrid de 1 de junio de 2018 (Núm. 376/2018, ECLI:ES:TSJM:2018:6280), entre otras.

fundamentar con cierto grado de convicción que ha provocado la disminución de las posibilidades de curación, mejora o evitación de un resultado con que se contaba en aquellas condiciones de probabilidad antes aludidas.

Ahora bien, ha de significarse que la actuación u omisión con infracción de la *lex artis* no siempre conduce a un supuesto de pérdida de oportunidad. En efecto, una vez se haya comprobado que se ha producido mala praxis habrá de determinarse si lo indemnizable es la oportunidad perdida (lo será si existe incertidumbre causal) o lo es el resultado final (lo será si existe relación causal). Así pues, los supuestos de retraso y el error de diagnóstico aun cuando supone *mala praxis* –que no siempre es así, como veremos– no son reconducibles en todos los casos a la pérdida de oportunidad. Solo en caso de que el error o retraso de diagnóstico –o la omisión de determinadas pruebas diagnósticas (STS de 13 de octubre de 2011<sup>89</sup> y dictamen 283/2019 del Consejo Consultivo de Andalucía)– ocurra en un entorno de una probabilidad seria de que se ha producido el agravamiento o el fallecimiento o ha privado de tiempo de supervivencia, generará derecho a indemnización por pérdida de oportunidad. No dará lugar a ella cuando exista certeza o alto grado de probabilidad de que ese retraso o ese error en el diagnóstico constituyeron la causa del agravamiento de la enfermedad o del fallecimiento del paciente o cuando existían elevadas posibilidades de curación, puesto que en este caso se debe considerar plena y causalmente imputable al centro hospitalario la completa producción del daño, y procederá entonces el resarcimiento íntegro del daño final acontecido<sup>90</sup>. Cuando, por el contrario, el bagaje probatorio incorporado en el expediente permita concluir que el resultado final hubiera sido el mismo, con o sin error o retraso en el diagnóstico y las circunstancias que lo han rodeado han carecido de trascendencia respecto del resultado que, en cualquier caso, se hubiera producido, no procedería indemnización alguna, pues la causa del daño ha sido la propia enfermedad que ya se padecía o las condiciones endógenas del paciente, de lo que es obvio no resulta responsable la Administración<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> Recurso Casación 4895/2007, ECLI:ES:TS:2011:6659. “Dicha omisión de actuaciones se hace aún más censurable en el presente caso si tenemos en cuenta que las pruebas diagnósticas que se deberían de haber realizado eran pruebas diagnósticas no invasivas, y por tanto carentes de riesgo para la paciente y que la misma acudía regularmente a su ginecóloga para el control de su embarazo, por lo que debiera haberse hecho el control adecuado de sus alteraciones metabólicas en previsión de los posibles daños que posteriormente se le materializaron.

Como consecuencia directa de dicha omisión de actuaciones se le ha privado a la paciente de la oportunidad de recibir una correcta asistencia médica que hubiese evitado el daño finalmente producido, por lo que entendemos que nos encontramos ante un claro ejemplo de la teoría de la pérdida de oportunidades que nuestro más alto tribunal ha establecido de manera reiterada”.

<sup>90</sup> En este sentido, el dictamen 238/2019 del Consejo Consultivo de Andalucía.

<sup>91</sup> Por ello la STS de 27 de noviembre de 2012 (Recurso Casación 5938/2011, ECLI:ES:TS:2012:7889) exige acreditar cuáles han sido las oportunidades perdidas por cuya virtud se solicita indemnización, no apreciando pérdida de oportunidad cuando no es posible acreditar que la actuación médica pudiera evitar el daño.

Ahora bien, en contra de lo que podría pensarse, no todo desacierto resulta de una mala praxis ni puede automáticamente calificarse como tal, ni la mera constatación de un error médico o de un retraso diagnóstico constituye por sí mismo parámetro válido para determinar que se ha producido vulneración de la *lex artis ad hoc*, como tampoco el apartamiento del protocolo supone siempre infringirla<sup>92</sup>.

Ciertamente, el contraste entre lo actuado y lo establecido en el protocolo constituye una prueba *iuris tantum* de corrección que debe ser valorada en atención a otros medios probatorios<sup>93</sup>, pero siempre teniendo en cuenta que la *lex artis* no resulta coincidente en todo caso con las reglas aceptadas por la generalidad ni las concretadas en los protocolos médicos y que el apartamiento de protocolo no equivale –al menos, automática ni necesariamente– a que se haya incumplido la *lex artis* ni tampoco a que genere responsabilidad, pues puede ocurrir que, justamente apartándose del mismo, el facultativo esté cumpliendo la *lex artis*, ya que lo establecido en él puede resultar la

---

<sup>92</sup> Así lo dejó afirmado el dictamen 369/2023 del Consejo Consultivo de Andalucía: “del bagaje probatorio incorporado en el expediente debe deducirse que la omisión de las pruebas diagnósticas complementarias ciertamente redujo, aunque en magnitud no determinada, las posibilidades de evitación del posterior fallecimiento. A este respecto los reclamantes consideran que la probabilidad de supervivencia en este caso era altísima (si bien no determinan en qué porcentaje) e incluso el informe pericial que aportan afirma que la probabilidad de supervivencia de la paciente habría sido total *de haberse realizado las pruebas complementarias pertinentes*. Ahora bien, ello no permite a este Consejo Consultivo apreciar una total y exclusiva relación causal entre esta omisión y el resultado final puesto que, como se afirma en el dictamen médico del Servicio de Aseguramiento y Riesgos “hay que tener en cuenta que hablamos de una paciente joven en la que la aparición de un TEP es muy poco frecuente, que presentó una clínica muy inespecífica (no era un dolor pleurítico típico, no había otra clínica típica como taquipnea o una hemoptisis, estaba eupneica y con buenas saturaciones, etc.) y que la probabilidad de que se tratara de un TEP, según la escala de Wells era del 1.5 (improbable, sólo presentaba taquicardia)”, considerando igualmente que la asistencia del día 2 de febrero de 2020 fue “correcta y el cuadro de dolor era nuevamente mecánico”, de todo lo cual se desprende que “no se llegó a realizar un diagnóstico diferencial completo de todas las patologías que pudieran existir en la paciente, dada la inespecificidad de la clínica que presentaba” y que “esto ha podido condicionar un retraso en el diagnóstico de un TEP seguramente de pequeña dimensiones (por la clínica tan anodina) que progresó hasta el día 06/02/2020, sin manifestarse clínica nueva o específica que favoreciera un diagnóstico precoz”. De la lectura de este informe no cabe sino colegir que no existe duda de que ello bien pudo justificar que la sospecha de diagnóstico orientara a los facultativos a un “dolor costal tipo mecánico” y, en cualquier caso, nos obliga a no poder afirmar que este error de diagnóstico denote o sea consecuencia de una notoria y evidente infracción de la *lex artis* de la que pudiera hacerse derivar la citada relación causal con respecto al resultado dañoso”.

<sup>93</sup> Como afirma la sentencia JCA de Cáceres de 29 abril, núm. 64/2019, ECLI:ES:JCA:2019:2616, “el criterio de la *lex artis* es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida (*lex artis*). Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no solo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha *lex artis*; de exigirse solo la existencia de la lesión se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento, cual sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva sin la exigencia de la demostración de la infracción del criterio de normalidad representado por la *lex artis*”.

recomendación más adecuada para una situación típica pero no para casos excepcionales o atípicos como el que el facultativo esté abordando en ese momento<sup>94</sup>.

Además de ello, para determinar si se ha producido mala praxis han de valorarse varias circunstancias a tener muy en cuenta: en primer lugar, que estamos en presencia de una obligación de medios y no de resultados. No es necesario insistir aquí, por ser de común conocimiento, que la obligación del personal sanitario no consiste en la obtención del resultado que se pretende (la salud del paciente) sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de aquel resultado. Su actuación no queda, pues, vinculada a un resultado, puesto no contrae el deber de curación del enfermo, por no estar siempre a su alcance –la ciencia médica no es infalible–, sino que tiene que procurar, sin excusas ni omisiones injustificadas, aplicar todos los medios que el avance de la medicina pone a su disposición para la mejora de la salud<sup>95</sup>.

En segundo lugar, la valoración y enjuiciamiento de la corrección del acto médico excluye que pueda proyectarse *ex post facto* (en función de las pruebas y del resultado conocido tiempo después) ignorando la sintomatología que presentaba el paciente al momento y fecha en que requirió atención sanitaria y se procedió al diagnóstico y posible tratamiento. Como ha afirmado el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen 600/2019, no se puede cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen (SSTS de 15 de febrero de 2006<sup>96</sup>, 19 de octubre de 2007<sup>97</sup> y 3 de marzo de 2010<sup>98</sup>), y no puede cuestionarse esta toma de decisiones fundándose en la evolución posterior que presenta un paciente. En definitiva, la responsabilidad patrimonial no puede deducirse de una valoración retrospectiva de la asistencia sanitaria inicial (en función de las pruebas y del resultado conocido tiempo después) ya que, como sostiene la de STS de 29 de enero de 2010<sup>99</sup>, este proceder infringe la prohibición de regreso que imponen las leyes del razonamiento práctico, tanto más si se tiene en cuenta, como

---

<sup>94</sup> En este sentido, ROMEO CASABONA, C.M. “Las actuaciones de los profesionales sanitarios y sus repercusiones en la esfera penal”, en *Responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones sanitarias*. Sevilla, 1994, pp. 24 y siguientes.

<sup>95</sup> En este sentido se expresan los dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía 259/2003, de 26 de junio y 23/2006, de 25 de enero, entre otros.

<sup>96</sup> Núm. 167/2006, Recurso de Casación núm. 2626/1999.

<sup>97</sup> Núm. 1155/2007, Recurso de Casación núm. 3107/2000.

<sup>98</sup> Núm. 127/2010, Recurso de Casación núm. 956/2006, ECLI:ES:TS:2010:976.

<sup>99</sup> Núm. 8/2010, ECLI:ES:TS:2010:291, con cita de las SSTS de 14 de febrero de 2006 (núm. 84/2006, Recurso de Casación núm. 2249/1999), 15 de febrero de 2006 (núm. 167/2006, Recurso de Casación núm. 2626/1999) y 7 de mayo de 2007 (núm. 464/2007).

afirma la STS de 10 de diciembre de 2010<sup>100</sup>, que la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se fundamenta en unos síntomas que pueden participar distintas patologías -existen enfermedades de diversa entidad y prevalencia que cursan una clínica similar- y en unas pruebas que no siempre arrojan unos resultados certeros.

Por ello, quien persigue ser indemnizado por mala praxis en la fase de diagnóstico debe acreditar que los síntomas o signos existentes al tiempo de recibir la asistencia que reputa deficiente eran sugestivos en el momento en que la patología se evidenció, y que tal sospecha diagnóstica imponía la aplicación de técnicas y medios distintos y más eficaces de los empleados<sup>101</sup>. En consecuencia, es obligación del médico realizar todas las pruebas necesarias, atendiendo el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad.

En tercer lugar, la *lex artis* médica no impone el empleo de más técnicas diagnósticas que las indicadas en función de los síntomas y signos clínicos apreciados en cada paciente, por lo que la no realización indiscriminada de pruebas no constituye su quebranto, pues esta ni impone el empleo de más técnicas diagnósticas que las indicadas en función de los síntomas y signos clínicos apreciados en cada paciente ni ampara la realización prospectiva o indiscriminada de pruebas a falta de cualquier sospecha clínica<sup>102</sup>.

Tal y como afirmó el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen 397/2019<sup>103</sup>, la profesión médica se ejerce, obviamente, en un contexto social concreto y determinado en el que concurren numerosos condicionantes que determinan la calidad y el nivel de atención prestada y los posibles resultados. Entre estos

---

<sup>100</sup> Núm. 679/2010, Recurso de Casación núm. 866/2007, ECLI:ES:TS:2010:6690.

<sup>101</sup> En este sentido, el dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 18/2020.

<sup>102</sup> En este sentido, el dictamen 414/2019 afirmó que “con base y fundamento en estos argumentos no puede inferirse que el servicio público sanitario haya funcionamiento de forma incorrecta, pues no ha habido omisión del mismo, no se ha denegado la práctica de las pruebas que constituyen la pauta normal según protocolo para la sintomatología que en aquel momento presentaba ni tampoco puede exigirse, según el estado actual de la ciencia y de la técnica, que los resultados de las mismas arrojen un diagnóstico certero de una dolencia que aún no estaba teniendo una manifestación susceptible de ser detectada con la precocidad con que sería deseable, tanto más cuando de la misma participan otras patologías, tal y como ponen de relieve los informes a los que se hará inmediata referencia”.

<sup>103</sup> La reclamación reprochaba que el hospital no le hubiera practicado las pruebas de alergia antes de aplicarle al paciente toxina botulínica, de la que resultó ser alérgico. El dictamen razona que no es exigible al centro hospitalario la realización de pruebas de intolerancia a la medicación que ha de suministrarse a un paciente del que no consta ni refiere reacciones alérgicas adversas y al no existir evidencias de tal riesgo.

condicionantes destacan de forma preeminente los medios personales y materiales que se asignan a la atención del paciente, lo que nos conduce a la aplicación de dos principios elaborados en el seno de la doctrina: de un lado, se hace referencia al denominado "riesgo socialmente permitido" y, de otro, al principio de "no exigibilidad de una conducta distinta". El primero opera tras sopesar el grado de preponderancia de los intereses en juego: de una parte se valora la utilidad social de la actividad en que se desarrolla la conducta y, por otro, el riesgo o probabilidad de lesión de los bienes jurídicos amenazados (vida, integridad física o salud de la persona), de tal suerte que se considera que nos situamos dentro del ámbito del "riesgo socialmente permitido" cuando, ponderando las posibilidades de acaecimiento de una determinada patología y, de otro, los costes que conllevan tales pruebas –retraso de intervenciones, medios materiales y humanas exigidos– no se considera necesario ni conveniente la realización de la reiteración de pruebas o actividades médicas previamente realizadas, tanto más si no se parte del conocimiento de factores añadidos de riesgo. Complementariamente a él, la jurisprudencia y la literatura científica apelan al principio regulativo de "inexigibilidad de conducta distinta", por cuya virtud no es exigible al facultativo la realización práctica de actos médicos o pruebas distintas de las que constituyen pautas habituales en el ámbito concreto.

## 2. El daño

Cuando de pérdida de oportunidad se trata y se solicita reparación indemnizatoria por su virtud, el daño objeto de resarcimiento es precisamente la oportunidad que se ha perdido y no el resultado final producido, si bien para que la oportunidad se entienda definitivamente perdida es requisito imprescindible que aquel se produzca, aunque luego no sea ese el daño que deba indemnizarse. En consecuencia, lo que resulta objeto de resarcimiento es lo que se ha dado en denominar "daño intermedio", que no es otro que esa pérdida de oportunidad de curación o de mejoría, por lo que deberá ser apreciada según el mayor o menor grado que tenía de convertirse en cierta y, por tanto, el valor de la frustración vendrá dado por el grado de probabilidad de éxito en la obtención de curación o mejora. Dicho en su envés: la frustración o pérdida ha de referirse derechamente a la oportunidad misma y nunca a su objeto, cual es la ventaja que se esperaba conseguir, es decir, al resultado finalmente producido<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> En este sentido, la STS para la unificación de doctrina, de 3 de diciembre de 2012 (Recurso de Casación 815/2012): "Para la fijación de la indemnización procedente, ha de tenerse en cuenta que no se indemniza por el fallecimiento de ..., esposo de la recurrente, ocasionado por un carcinoma epidermoide, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad sufrida (...)"

### 3. Aceptable porcentaje de posibilidades de mejora o de evitar el resultado final

El deber indemnizatorio por pérdida de oportunidad que pesa sobre la Administración sanitaria ha de tener como necesario presupuesto la existencia de tales oportunidades y de las expectativas frustradas<sup>105</sup>. Sólo podrá considerarse daño cierto en sí mismo y la frustración de una expectativa actual si el paciente se encontraba en una posición fáctica idónea y la oportunidad era real y efectiva. El resultado de dicha expectativa es futuro, aleatorio e incierto, pero sólo en el caso de poder concluir con suficientes dosis de verosimilitud de que pudo ser favorable se habría producido un segundo o ulterior daño, que no existiría, desde luego, en caso contrario.

Como exige la STS de 18 de julio de 2016<sup>106</sup>, ha de concurrir una probabilidad causal seria, no desdeñable, de que un comportamiento distinto en la actuación sanitaria no solo era exigible, sino que podría haber determinado, razonablemente, un desenlace distinto<sup>107</sup>. Por tanto, *a sensu contrario*, las probabilidades inciertas, improbables, efímeras o que cuenten con escasos o nulos elementos con que sustentar ciertas garantías de éxito no cubren el grado suficiente que permita entender que se ha producido un daño que merezca ser resarcido. En consecuencia, ha de tratarse de una situación potencial —y, en este sentido, hipotética e incierta— pero rodeada de unas características de idoneidad de alcanzar el resultado pretendido.

Entiendo que esta es la concreción del requisito general que exige el art. 32.2 LRJSP en cuanto a la evaluación económica del daño, es decir, se exige que éste tenga cierta entidad, considerando por tal aquel que se exceda de una mera molestia, de un perjuicio percibido solo y exclusivamente de forma subjetiva sin trascendencia patrimonial o moral apreciable dada la levedad de su incidencia lesiva pues, en tal caso, no tienen trascendencia patrimonial. Luego entonces, si, conforme a este razonamiento, no resultan indemnizables los denominados “simples perjuicios”, y si pueden tenerse por tales los porcentajes ínfimos de curación o mejora, debe concluirse que no resultan indemnizables aquellas oportunidades perdidas que carecen de suficiente trascendencia patrimonial o moral.

<sup>105</sup> STS de 15 de noviembre de 2007 (núm. 1226/2007, Recurso de Casación núm. 5157/2000).

<sup>106</sup> Recurso de Casación 4139/2014, ECLI:ES:TS:2016:3819.

<sup>107</sup> Continúa la sentencia: “Y resulta forzoso reconocer que tal circunstancia no concurre en el caso que nos ocupa, en primer lugar porque el paro cardíaco no era previsible en los términos vistos, en segundo lugar porque la actuación médica dispensada no puede considerarse deficiente y, por último, porque ni siquiera disponemos de dato alguno que permita afirmar que las secuelas derivadas del accidente cardiovascular no se habrían producido de estar ingresado en la Unidad de Cuidados Intensivos o de disponer la planta de otros medios distintos ya que, en buena parte y como también se sigue de las actuaciones, aquellas secuelas están asociadas a las múltiples patologías que el paciente sufría”.

#### **4. Efectividad del daño: la oportunidad se ha perdido definitivamente**

También en la doctrina de la pérdida de oportunidad el daño ha de ser efectivo, lo que significa que ha de tratarse de la última oportunidad, es decir, de una frustración definitiva que hace que la situación sea irreversible, que exista certeza de que la probabilidad está irremediablemente truncada, pues si existiera la posibilidad en un futuro de obtenerse la situación de ventaja por cuya pérdida se postula indemnización, no estaríamos en presencia de un perjuicio actual, cierto y efectivo, sino de un perjuicio eventual e hipotético, que, como bien se sabe, lo convertiría en no merecedor de resarcimiento. Sólo si la oportunidad era la última y la frustración, definitiva, puede otorgársele un determinado valor que es el que debe ser reparado<sup>108</sup>.

#### **5. Relación causal entre la mala praxis y la frustración de la oportunidad**

Obviamente siempre se requiere relación causal y la pérdida de oportunidad no es una excepción. Por tanto, también ha de concurrir relación causal pero, atención, no respecto del resultado final sino *entre el déficit asistencial y la frustración definitiva* de la probabilidad de obtener la mejora o curación de la patología.

#### **6. Inexistencia de relación causal entre la mala praxis de un tercero y el resultado final**

Lo anterior no es óbice para mantener incólume la afirmación de que la doctrina de la pérdida de oportunidad se inserta dentro de los cursos causales no verificables o de causalidad hipotética. Ello determina que la inexistencia de causalidad entre la mala praxis y el resultado final es imprescindible para aplicarla, pues de no ser así no estaríamos en presencia de un supuesto de pérdida de oportunidad ni cabría aminorar la cuantía indemnizatoria en mérito a ella, sino que procedería indemnizar por el resultado final acontecido.

---

<sup>108</sup> Así lo afirma MEDINA ALCOZ, L. “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidades”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 30, 2009, p. 42, “la oportunidad perdida es una *chance* inexorablemente sacrificada, una ocasión irremediablemente frustrada, una posibilidad que el agente dañoso, con su actuación, ha mutilado definitivamente, una oportunidad de la que la víctima gozaba inicialmente y que resulta cerrada irreversiblemente”.

## VII. INCORRECCIONES, PARADOJAS Y APORÍAS EN LA FORMA DE CUANTIFICAR LA INDEMNIZACIÓN

A falta de certeza causal, la indemnización no podrá alcanzar el valor total del resultado dañoso sino que será proporcional a la probabilidad de su concurrencia. Esta evaluación deberá comenzar tomando en consideración todas las circunstancias que rodean el caso, incluidas las condiciones endógenas, la patología de base y todas las circunstancias del paciente, determinando porcentualmente en ese momento la situación en que se encontraba, y de esta forma determinar la probabilidad de supervivencia, curación o mejora al momento de requerir atención sanitaria. A continuación, ha de fijarse la probabilidad que ha resultado tras el déficit asistencial –que será necesariamente inferior a la primera–, de modo que la diferencia entre ambos porcentajes será la concreción de la oportunidad que se ha perdido, que proyectada a la evaluación económica del daño final producido arrojará la cuantía a la que debe ascender la indemnización<sup>109</sup>. Es decir, al tratarse de un régimen de imputación probabilístico o de probabilidad causal, para determinar las posibilidades de que un tratamiento médico conforme a la *lex artis ad hoc* hubiera evitado el menoscabo se ha evaluar la totalidad de los perjuicios sufridos, calcular la probabilidad de curación o mejora con que contaba la víctima y fijar la indemnización en función de la fracción de los totales perjuicios atribuibles a la pérdida de oportunidad.

Son dos, en este sentido, los procesos intelectivos posibles para realizar el cálculo del valor de la oportunidad perdida: uno, fijar la probabilidad de que el agente dañoso no sea el causante del resultado lesivo y una vez fijado este grado de incertidumbre descontar la cuota correspondiente a la probabilidad de que la conducta del médico no haya intervenido en el curso de los acontecimientos. Y otro, determinando dicho porcentaje en contemplación a las posibilidades hipotéticas que tenía el paciente en caso de que el personal sanitario hubiera actuando conforme a la *lex artis ad hoc*.

Pero sea cual sea el proceso utilizado, el problema es que, ante la inexistencia del tan reivindicado baremo específico para la responsabilidad sanitaria, para llegar a fijar el *quantum* indemnizatorio la jurisprudencia y los órganos consultivos suelen tomar como referencia el baremo establecido para los accidentes de tráfico, lo que presenta algunas situaciones que no dejan de ser paradójicas. La primera, es que cuando se pretende indemnizar la disminución de la esperanza o de la calidad de vida de la víctima, con frecuencia se comete el desacierto de tomar como cantidad de referencia la indemnización que el baremo prevé por fallecimiento, pese a no ser este

---

<sup>109</sup> Frente a ello son numerosos los pronunciamientos que fijan la cuantía indemnizatoria “calculada prudencialmente”, en la suma que tienen por conveniente, sin explicitar mínimamente las razones que conducen a esa precisa cantidad.

el daño final resultante. Obrando de este modo se incurre en un segundo error, cual es indemnizar a la propia víctima, que no ha fallecido, con la cantidad que resulta de aplicar el porcentaje de pérdida de oportunidad obtenido como se ha indicado, por lo que no sólo se le está indemnizando su propia muerte, que no se ha producido, sino que se está obviando que el destinatario natural de las indemnizaciones por fallecimiento es un tercero (familiar o allegado) y no el propio fallecido<sup>110</sup>.

Ambos errores se superarían si la indemnización no se desconectara del resultado final –el fallecimiento, las lesiones, las secuelas, el daño psicofísico...– y no se sustituyera indebidamente el daño que se ha producido por otro que no lo ha hecho y si, una vez determinada dicha cuantía se proyectara sobre ella el porcentaje en que se concreta la oportunidad frustrada por consecuencia de la mala praxis.

El problema deriva del hecho, como denuncia Hurtado Díaz-Guerra<sup>111</sup>, de que “no todos los criterios que contiene el sistema de tráfico son adecuados, ni siquiera como orientadores, para los casos de pérdida de oportunidad”, ni las indemnizaciones previstas en el baremo son coherentes con las lesiones propias del ámbito sanitario, entre las cuales obviamente no se encuentran situaciones como metástasis oncológicas, infartos de miocardio, ictus, o la falta de consentimiento o de información<sup>112</sup> ni maneja la oportunidad misma ni su pérdida como daño resarcible.

Junto a estos inconvenientes, propios de la necesidad de una mayor maduración del sistema que apenas cuenta con dos décadas de aplicación en nuestro país, han de añadirse otros, que podrían calificarse de casi insoslayables. En primer lugar, dados los condicionamientos previos que presenta la naturaleza de cada persona, determinar en el ámbito sanitario en cada paciente cuál habría sido el pronóstico en caso de haber aplicado conforme a otros parámetros de actuación es, con extraordinaria frecuencia, tarea imposible. Por tanto, a la hora de resolver cada asunto se parte de una hipótesis que deriva de supuestos similares o parecidos, pero difícilmente coincidentes con los que concurren el proceso en causa. De hecho, en muchas ocasiones se observa que no se trata tanto de un problema de relación causal como de daño producido<sup>113</sup>. La cuestión se complica aún más si nos cuestionamos con Llamas Pombo<sup>114</sup>, ¿estamos hablando de *chance*, oportunidad o posibilidad del acaecimiento

<sup>110</sup> HURTADO DÍAZ-GUERRA, I. *El daño moral en la responsabilidad...*, op. cit., p. 280.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 275.

<sup>112</sup> MEDINA ALCOZ, L. “Capítulo IV...” op. cit., pp. 133 a 138. En parecido sentido, SARDINERO GARCÍA, C. “Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en la medicina pública española”, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 22.

<sup>113</sup> En este sentido, LLAMAS POMBO, E. *Reflexiones sobre el Derecho de daños: casos y opiniones*. Editorial LA LEY, Madrid, 2010, pp. 51 y ss.

<sup>114</sup> LLAMAS POMBO, E. “Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 110/111, Sección Editorial, La Ley 17997/2012.

de un suceso? O más bien ¿estamos aludiendo a una probabilidad estadística de que tal suceso tuviera lugar? La cuestión no es baladí, pues la probabilidad no deja de ser la frecuencia con que acontece un hecho, y sobre esta base, la actividad probatoria deberá determinar lo que realmente ocurrió para probar que exige una “probabilidad razonable”, pero debiendo tenerse en cuenta que la estadística juega aquí un mero papel probatorio que deberá conjugarse con otras circunstancias concurrentes, pues no debe olvidarse que en el ámbito sanitario el daño suele producirse por una confluencia de causas<sup>115</sup>, donde influye la patología del paciente e incluso su predisposición a sufrir determinadas enfermedades. Por ello, cuando es difícil determinar cuál ha sido la causa del daño (el acto médico o la patología de base) hay que acudir a la estadística, de tal forma que si es alta la probabilidad estadística de que el daño haya sido ocasionado por el acto médico puede presumirse existente el nexo causal entre ambos. La actividad probatoria se convierte así en un juicio de aceptabilidad de los hechos en función de su nivel de probabilidad y por eso la apreciación fáctica queda sujeta a las reglas o criterios con los que se aprecie un grado de probabilidad suficiente<sup>116</sup>.

En cualquier caso, insisto, hablamos de probabilidades y hablar de ellas es aceptar el hecho de que no es posible tener un conocimiento exacto de si el paciente hubiera estado en el porcentaje de los casos hubieran sanado —aun incluso habiendo mediado mala praxis— o en el de los que no lo hubieran logrado —a pesar de haberse actuado de conformidad a la *lex artis ad hoc*—.

En segundo lugar, cabría plantearse la trascendencia indemnizatoria que, a fuer de exactos, se supone que ha de tener según en qué franja se produce el porcentaje de pérdida de oportunidad, pues parece que no debe tener el mismo tratamiento el hecho de el personal sanitario haya disminuido, por ejemplo, un 20% desde el 80% al 60% a que lo haga desde el 25% al 5%.

Todos estos inconvenientes, ciertamente, desaparecen con la valoración del daño a tanto alzado pero ello no le convierte, desde luego, en el mejor criterio para fijar la cuantía indemnizatoria, si bien debe reconocerse la necesidad de acudir a él de forma subsidiaria cuando exista la "certidumbre en el perjuicio" que supone

---

<sup>115</sup> Así lo puse de manifiesto en GALLARDO CASTILLO, M<sup>a</sup> J., “Causalidad probabilística...”, op. cit., pg. 79, donde reivindicaba la necesidad de distinguir en el ámbito forense entre el concepto de causas y concausas —entre las que, a su vez, cabe distinguir las concausas preexistentes (o estado anterior), simultáneas, y subsiguientes (o complicaciones)—, considerando que las primeras son las necesarias y suficientes en la producción del daño, mientras que las segundas son las necesarias en el caso concreto, pero que carecen de suficiencia por sí mismas en tanto que vienen constituidas por aquellos factores extraños al comportamiento del agente que se insertan en el proceso dinámico, de modo que el resultado es diferente del que era de esperar dada la naturaleza de dicho comportamiento.

<sup>116</sup> ASENSI PALLARÉS, E. “Evolución de la doctrina de oportunidad en responsabilidad médica”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, p. 233.

la oportunidad misma perdida pero no haya posibilidad de conocer con mayor o menor "certidumbre la probabilidad de éxito de la expectativa", esto es, cuando no se cuenten con parámetros fiables para determinar porcentualmente la oportunidad perdida (por ejemplo, porque se desconozca la tasa de supervivencia, los estadios y evolución del cáncer, incidencia del factor tiempo en relación a su desarrollo, la eficacia terapéutica de los tratamientos, la respuesta del enfermo...) ni la valoración del daño final resultante y, obviamente, cuando se haya de resarcir únicamente el daño moral que, por definición, carece de fórmulas matemáticas para su cuantificación.

Como puede comprobarse, la valoración de la oportunidad perdida no está exenta de grandes dificultades dadas sus altas dosis de incertidumbre, pese a lo cual los tribunales y los órganos consultivos deben hacer un esfuerzo a la hora de determinar la indemnización, que deberán hacerlo urdiendo *a posteriori* un cálculo prospectivo de probabilidades de obtener el resultado pretendido<sup>117</sup>: de una parte, valorando las posibilidades del paciente de obtener la curación o la mejoría (es decir, cuánta oportunidad existía y si es que existía) y, de otra, en qué medida estas posibilidades se han lesionado (cuánta oportunidad se ha perdido y si es que se ha perdido), lo que es igual que si determinamos el grado de probabilidad de que una buena praxis hubiera podido evitar el resultado dañoso.

El paso de lo primero a la segundo exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica idónea para obtener la situación de ventaja que se ha perdido, de tal forma que cuanto mayor sea el coeficiente de probabilidad de haber evitado el daño, mayor será la causalidad respecto de la frustración de dichas probabilidades —no sobre el daño resultante— y, por tanto, mayor la oportunidad perdida<sup>118</sup>, qué posibilidades había de éxito y, por tanto, qué posibilidades había de que el resultado final hubiera sido distinto con una atención médica correcta y en qué medida se hubiera evitado el daño.

Finalmente, si convenimos en que la oportunidad perdida es algo más que un daño moral y que puede ser fuente de daños tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, una vez alcanzado el porcentaje al que asciende aquella deberá proyectarse no sólo sobre el daño moral sino también sobre todos aquellos daños generados (daños psicofísicos, lucros cesantes y daños emergentes) pues no de otro modo se daría cumplimiento al principio de reparación integral del daño e indemnidad de la víctima.

<sup>117</sup> Como acertadamente hace la STS de 27 de julio de 2006 (núm. 801/2006, RJ 2006\6548).

<sup>118</sup> MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. "La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria", en la obra colectiva dirigida por LLAMAS POMBO, E., *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria*, Madrid, Ed. LA LEY, 2014 p. 241.

## VII. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA: ¿A QUIÉN DEBE INDEMNIZARSE LA OPORTUNIDAD PERDIDA?

Cuando la víctima no ha fallecido, es ella quien ejercita la acción resarcitoria y fundamenta su pretensión indemnizatoria en pérdida de oportunidad (lo mismo que si lo hace por cualquier otro concepto) es obvio que lo hace en uso de la legitimación activa, *ad procesum* y *ad causam*, que el ordenamiento jurídico le reconoce por su condición de víctima primaria (legitimación originaria). Obvio es también que, planteada por esta la correspondiente reclamación patrimonial, si fallece antes de su resolución, sus herederos podrán sucederle en dicha reclamación. Tampoco ofrece problema cuando la pretensión indemnizatoria se postula por los daños que a los perjudicados (herederos o no) les genera el fallecimiento de un ser querido, ya haya acontecido este por consecuencia de la oportunidad perdida (ej. empeoramiento de la salud hasta fallecer) o por virtud de otro padecimiento desconectado de la oportunidad que se perdió de mejora o de curación.

El problema surge cuando la víctima primaria falleció sin haber formulado reclamación y las personas allegadas (familiares o no) deciden hacerlo *ex novo* por daños de contenido extrapatrimonial (daños psicofísicos, *petrium doloris* y daños morales) acontecidos *ante mortem* y cuyo padecimiento no fue sufrido por ellos sino por la víctima primaria. La primera cuestión que se plantea es si tales daños tienen carácter personalísimo y si es posible su transmisión a personas diferentes a quien los padeció, esto es, si tienen legitimación activa (legitimación derivada o secundaria) para postular pretensión indemnizatoria por tal concepto aunque la víctima originaria no hubiera emprendido (porque no pudo o porque no quiso) acción patrimonial alguna; y, en caso afirmativo, la segunda es si están legitimados sólo los herederos o también los perjudicados<sup>119</sup>. La cuestión no es baladí. En primer lugar, si sólo la tienen los herederos habrán de cumplirse al punto las reglas sucesorias, por lo que el grado de parentesco desempeña un papel primordial (por ejemplo, si la víctima originaria tenía hijos puede que sus progenitores no sean herederos) y la indemnización no deberá ser distribuida cuantitativamente por el órgano decisor entre los distintos herederos sino que integrará el as hereditario del causante para que, desde ahí, su reparto se efectúe conforme establezca el testamento otorgado, en su caso, por la víctima y por las normas del Código civil. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta además la trascendencia que a efectos tributarios tiene la cuantía indemnizatoria recibida, que en este caso, al provenir por causa hereditaria, deberá someterse a las reglas específicas y propias de esta.

Veamos por separado cada uno de los supuestos enunciados.

---

<sup>119</sup> Es de obligada referencia y consulta CANO CAMPOS, T. “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado por los daños no patrimoniales causados por la administración”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 191, Madrid, 2013, pp. 113-157.

### **1. Legitimación *iure proprio* de los perjudicados (no necesariamente herederos) por el daño moral que les produce el fallecimiento de un ser querido. Las llamadas “víctimas de rebote”**

Aunque el bien “vida” sea lo máspreciado para una persona, su pérdida no se concibe jurídicamente como un daño sufrido por la víctima que haga nacer para sí una pretensión resarcitoria transmisible *mortis causa* a sus herederos y que estos puedan ejercer *iure hereditatis* en su condición de tales (SAP de Granada de 20 de septiembre de 2004<sup>120</sup>). La razón es obvia: para adquirir un derecho hay que estar vivo. Y dado que la muerte de una persona se produce en un instante inmediato, no existe tiempo material para que la indemnización que, eventualmente, pudiera corresponderle por el daño que se le inflige, ingrese en su patrimonio hereditario, por lo que los herederos nada pueden recibir por tal concepto (SAP de Barcelona de 4 de octubre de 1999<sup>121</sup>). Su fallecimiento le impidió reclamar y adquirir el derecho de resarcimiento por el mismo al dejar de existir, ergo, no puede transmitirse a sus herederos aquello que no llegó a ingresar en su patrimonio (*nemo dat quo non habet*). En consecuencia, estos carecen de legitimación activa para reclamar por dicho fallecimiento. Así pues, en caso de fallecimiento la indemnización en concepto de la “vida perdida” no constituye crédito hereditario partible ya que no llegó a integrarse en el patrimonio del causante. Por esta razón el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio al no poder suceder en algo que no había ingresado en el patrimonio del *de cuius*<sup>122</sup>.

Es obvio, pues, que en este caso no puede en modo alguno esgrimirse legitimación *iuris hereditatis*. Sin embargo, sí gozan de legitimación *iure proprio*, dissociado de su condición de herederos, aquellos a quienes el fallecimiento de una persona les ha producido una quiebra en el núcleo de sus relaciones vitales, bien por incuestionables vínculos afectivos, relaciones de convivencia real o bien por razones de dependencia económica u otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios causados directamente de la muerte producida (SSTS 19 de junio de 2003<sup>123</sup>, 1 de abril de 2009<sup>124</sup> y STSJ de Navarra 17 de octubre de 2003<sup>125</sup>, entre otras muchas). Especialmente contundentes se expresan las SSTS de 13 de junio, 20 de octubre, 12 de noviembre de 1981, 20 de abril y 20 de diciembre de 1982,

<sup>120</sup> Núm. 531/2004; Recurso 1005/2003.

<sup>121</sup> Recurso 1504/1997.

<sup>122</sup> A mayor abundamiento, PANTALEÓN PRIETO, F. “Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte”, *ADC*, 1983, pp. 1577 y 1578.

<sup>123</sup> Recurso 3375/1997.

<sup>124</sup> Recurso 1167/2004.

<sup>125</sup> Núm. 1089/2003.

25 de junio de 1983, y 20 de octubre de 1986<sup>126</sup> al afirmar que los hermanos también pueden ser perjudicados siempre que a la relación de parentesco se añadan otros daños esenciales como la pérdida de la convivencia, la dependencia económica u otros supuestos de parecida entidad.

Así lo tiene afirmado con reiteración la jurisprudencia y los órganos consultivos (así, el Consejo Consultivo de Andalucía desde su dictamen 26/1996), que subrayan que esta condición de perjudicado no se justifica necesariamente por los vínculos de parentesco con la víctima —por más que esta sea la regla general— y que, por tanto, el nacimiento de su derecho a resarcimiento es compatible con el que pueda ser objeto de transmisión *mortis causa*.

Ahora bien, también la jurisprudencia tiene reconocido que se hace necesario poner un límite a la condición de legitimados o, mejor dicho, de extremar el rigor a la hora de exigir la acreditación de los requisitos de convivencia, dependencia económica o ayuda mutua de la víctima originaria con los perjudicados (víctimas de rebote) a los efectos de reconocerles tal condición, sobre todo, para el caso de los hermanos. Ciertamente el art.32 LRJSP se limita a indicar que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados en toda lesión que sufran sus bienes y derechos y el Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, con valor orientativo y no vinculante, establece quienes son las personas legitimadas para reclamar, concretando en los arts. 62 a 67 quienes pueden considerarse perjudicados y sus categorías.

Pues bien, como afirma el Consejo Consultivo de Canarias en su dictamen 73/2022, de 24 de febrero, con cita de su dictamen 292/2021, dichas categorías de perjudicados deben considerarse como autónomas y, en principio, excluyentes, de forma que sean los más inmediatos los que, en su caso, reciban la indemnización con exclusión de los demás, primando de forma natural a quienes hayan sufrido de forma más palmaria y directa. Siguiendo este criterio el Tribunal Supremo viene refiriéndose a “parientes más allegados”, por cuya virtud establece el siguiente orden de preferencia:

1.- Los miembros de la familia nuclear (cónyuge e hijos), cuyo daño moral no precisa prueba puesto que se presume (STS de 15 de abril de 1988).

2.- Para el resto de los parientes no existe tal presunción, por lo que se requiere realizar un esfuerzo probatorio que acredite alguna de las siguientes circunstancias para establecer su legitimación: que existan lazos de convivencia, o bien importantes vínculos afectivos que permita asimilarles a los miembros de la familia central.

---

<sup>126</sup> RJ 1981\2652; RJ 1981\3862; RJ 1981\4317; RJ 1982\7746; RJ 1983\3587 y RJ 1986\5702.

Como afirma la STSJ de Galicia de 14 de abril de 2021<sup>127</sup>, como regla general, si existiesen cónyuge e hijos, reclamarían estos. En caso de que no los hubiere, el derecho a reclamar correspondería a los ascendientes, y si estos no existiesen, reclamarían los hermanos y allegados. Únicamente correspondería reclamar de manera conjunta varias de las categorías que refleja la Ley si se probase la existencia de especiales circunstancias que acreditasen que los reclamantes dependían de la persona fallecida o convivían con ella.

En síntesis, continúa el citado dictamen, “la jurisprudencia ha atribuido la legitimación de los daños morales derivados del fallecimiento de una persona, en primer lugar, al viudo o viuda, junto a los hijos del fallecido y en segundo término, a sus padres si la víctima está soltera (SSTS de 2 de julio de 1979 y STS de 14 de diciembre de 1996). Finalmente, los hermanos también estarían legitimados en defecto de otros familiares más allegados (los ya expuestos) (STS de 4 de julio de 2005), debiendo probar en su caso la vinculación afectiva entre ellos, su dependencia económica o su convivencia en el núcleo familia”. Por tanto, respecto de los hermanos, “la mera circunstancia de la consanguinidad no es elemento suficiente para determinar automáticamente la realidad de esa significada afectividad” por lo que debe reservarse esta eventualidad “a quienes, efectiva y realmente hayan padecido una severa aflicción por el fallecimiento de la víctima derivada de unas especiales relaciones previas de afectividad con esta” (STS de 27 de noviembre de 2003<sup>128</sup>). Por las razones expuestas, no basta que el baremo de accidentes de tráfico contemple a los hermanos entre los

<sup>127</sup> Núm. 215/2021, ECLI:ES:TSJGAL: 2021:2434.

<sup>128</sup> Núm. 1625/2023, Recurso de Casación núm. 1847/2002. En parecido sentido, las SSTS de 13 de junio, 20 de octubre, 12 de noviembre de 1981, 20 de abril y 20 de diciembre de 1982, 25 de junio de 1983, y 20 de octubre de 1986, entre otras afirman que los hermanos también pueden ser perjudicados, siempre que a la relación de parentesco se añadan otros daños esenciales como la pérdida de la convivencia, la dependencia económica, u otros supuestos de parecida entidad. Por su parte, la SAP de Cáceres de 13 de febrero de 1995 (Rollo de Apelación núm. 33/1995) señala que el derecho al resarcimiento por los perjuicios causados en caso de muerte corresponde a quienes resultan perjudicados por el dolor que produce la pérdida del ser querido y por la pérdida de asistencia económica que proporciona el fallecido, sufriendo tales perjuicios las personas ligadas con la víctima por vínculos próximos de familia, afecto, convivencia real, dependencia económica y situaciones familiares, sin que hayan razones que impidan la apreciación de la existencia de una pluralidad de perjudicados. En aplicación de este criterio, la SAP de Huelva de 25 de enero de 2007 (núm. 16/2007) señala que el baremo ha de ser aplicado e interpretado con cierta flexibilidad a fin de no desvirtuar sus principios, hacerlo absurdo o llegar a situaciones poco lógicas y sin que quepan apriorismos ha de estarse al caso concreto, que en el proceso en causa determinó que los reclamantes, que contaban con 18 y 19 años, vivían en la misma casa con sus hermanos y padres, no deban ser considerados “cualesquiera hermanos, sino de estos en particular [puesto] que por la proximidad de su edad, por una convivencia en la casa familiar entre ellos durante toda su vida, su afectación es patente ante dicha pérdida, por lo tanto la analogía invocada por la parte recurrente es razonable, ya que el daño moral es ciertamente importante, cosa distinta sería si los hermanos que reclaman se hubieran independizado de su familia o la diferencia de edad fuese grande, porque en estos casos la relación afectiva no es tan intensa y el daño moral sería más difícil de justificar”.

perjudicados y así, la SAP de Baleares 71/2006, de 10 de marzo, con cita de la STC 181/2000 de 29 de junio, afirma que dicho baremo cumple su funcionalidad en el sistema tabular de cuantificación de daños así como en relación a los factores de individualización previstos como factores de corrección o concreción de índices, pero no lo es, entre otros aspectos, ni en la determinación del causante del daño ni en la determinación de los perjudicados.

## 2. ¿Tienen legitimación los herederos para reclamar por los daños morales y por el *petrium doloris* cuando la víctima originaria no ha presentado reclamación antes de fallecer?

El art. 659 del Código civil establece que “la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona *que no se extinguen con su muerte*”. La dicción del precepto es lógica pero deja abiertos varios e importantes interrogantes: ¿puede nacer en favor de una persona una pretensión de resarcimiento de los padecimientos que experimentó en vida una vez extinguida su personalidad jurídica por consecuencia de su fallecimiento?, ¿el daño moral y psicofísico (*petrium doloris*) y el derecho a reclamar por esta causa se extinguen con la muerte?, ¿nuestro ordenamiento jurídico admite que los herederos puedan reclamar *ex novo* por tales daños morales aun cuando la víctima no formulara reclamación antes de su fallecimiento? La respuesta a estas preguntas ha sido negativa para buena parte de la doctrina, de la jurisprudencia (SSTS de 16 de julio de 2004<sup>129</sup> y 30 de diciembre de 2002<sup>130</sup> y STSJ de Madrid de 28 de febrero de 2013<sup>131</sup>) y de los órganos consultivos (dictámenes 498/2011, 596 y 598/2011 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y 119/2009<sup>132</sup>, 149/2016 y 112/2018 del Consejo Consultivo de las Islas Baleares, entre otros muchos) que, aun cuando el causante no hubiera renunciado expresamente a la acción y aunque no hubiera transcurrido el plazo para ejercerla, han venido rechazando las pretensiones indemnizatorias postuladas *iuris hereditatis* al considerar que el daño moral y los daños psicofísicos –incluyendo pérdida de oportunidad y omisión del consentimiento informado (dictámenes 31/2017 y 149/2016 del Consejo Consultivo de Islas Baleares y de 58/2019 de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi)- se configuran como un daño personalísimo, que carecen de contenido patrimonial transmisible, que están fuera del comercio de los hombres y que no pueden trascender a quien los padece por lo que sólo puede ser

<sup>129</sup> Recurso de Casación 7002/2000.

<sup>130</sup> Recurso de Casación núm. 7300/1998.

<sup>131</sup> Núm. 214/2013, Recurso 977/2009.

<sup>132</sup> El dictamen afirmaba que “Los reclamantes sólo tenían legitimación activa para reclamar como “legatarios testamentarios”, puesto que la indemnización en concepto de daño personal solo correspondía a la causante, único titular, quien “al no haber reclamado antes de su fallecimiento ni haberse reconocido derecho alguno a su favor, no puede entenderse que hubiera patrimonializado la presunta indemnización”.

reclamado por quien lo sufre, lo que determina que no sea admisible que su resarcimiento se transmita *inter vivos* ni *mortis causa* y, en consecuencia, consideran improcedente por falta de legitimación la reclamación patrimonial que puedan plantear sus herederos. Resulta en este sentido especialmente ilustrativa la STSJ de Asturias, sede Oviedo, de 15 de enero de 2021<sup>133</sup> que, con cita de la STSJ Madrid de 20 de abril de 2018<sup>134</sup> y de las SSTTS de 16 de julio de 2004 y de 2 de febrero de 2006<sup>135</sup>, que considera que “no puede presumirse una voluntad activa y beligerante de la víctima originaria hacia tal reclamación y con perjuicio para terceros”, y que “para poder ejercer tal acción a título de heredero es preciso que la masa hereditaria se integre, bien del derecho conquistado a indemnización, bien del derecho litigioso (mediante subrogación), o bien del derecho a obtener una respuesta indemnizatoria, que requiere haber ejercido el interesado tal reclamación en vida. No existe un derecho genérico a reclamar que pueda actualizarse o ejercerse *ex novo* por los herederos, salvo en los casos en que se acredite la imposibilidad del titular de ejercer o formular tal reclamación por no disponer de plazo para ello al fallecer o quedar incapacitado en su voluntad tras la consolidación de los daños o perjuicios.” Diferente sería, puntualiza, si el paciente hubiera fallecido súbitamente como consecuencia de la intervención quirúrgica o asistencia o que hubiese quedado incapacitado para formular la reclamación, “supuesto en que consideraciones lógicas y de equidad imponen admitir la legitimación pasiva de herederos que reclaman ante la primera oportunidad u ocasión para ello”. En consecuencia, la sentencia desestima la pretensión indemnizatoria de los herederos puesto que el causante no transfirió “derecho a indemnización alguno por aquellos supuestos daños morales y de calidad de vida, sin integrarse como derecho hereditario alguno preexistente del art. 659 C.C.”. Lo único, concluye, que podía nacer en ese momento es un derecho personal de crédito en favor de los perjudicados por su propio daño moral, pero no a título sucesorio sino a título de perjudicados directamente por hecho negligente de otro (la administración sanitaria)<sup>136</sup>.

<sup>133</sup> Núm. 5/2021, Recurso núm. 519/2019, ECLI:ES:TJSJAS:2021:2.

<sup>134</sup> Rec. 795/2015.

<sup>135</sup> Rec. 7002/2000 y 2181/1999.

<sup>136</sup> ESPADA MALLORQUÍN, S. “La transmisibilidad del crédito indemnizatorio por daño moral de la víctima fallecida. Análisis del caso chileno”, en *Vniversitas*, Universidad Javeriana. Vol. 69, 2020, expone las siguientes razones que justifican la tesis de la intransmisibilidad absoluta del daño moral *mortis causa*: Primero, que es un derecho personalísimo, por lo que el crédito resarcitorio generado es tan personal como el derecho quebrantado. Por tanto, como el daño moral solo lo sufre el que lo padece, este no puede trasladar sus padecimientos y sólo la víctima puede hacer valer ese crédito, que se extingue junto a su titular: “la muerte hace desaparecer el daño y, con ello, la necesidad de compensarlo judicialmente. A dicha argumentación se añade que al fallecer el perjudicado, el resarcimiento del daño moral no puede cumplir ya la función que justifica su existencia, careciendo de sentido que sean los herederos los que se beneficien de forma desnaturalizada de ese crédito resarcitorio (...). Va en contra de la conciencia social que quien no

Ahora bien, si convenimos que los derechos personalísimos no se transmiten, en lógica coherencia tampoco sería posible esta transmisión mediante la figura de la sucesión procesal o subrogación de la reclamación planteada por la víctima originaria ya que, al extinguirse con el fallecimiento el derecho sustantivo lesionado que la sustenta, debería también considerarse extinguido el proceso en marcha emprendido y, con él, el derecho de los herederos a recibir una respuesta a aquella pretensión indemnizatoria interesada por el causante antes de fallecer. No le falta razón, pues, a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Toledo de 23 de noviembre de 2018<sup>137</sup> cuando afirma que “si se puede estimar que el derecho al resarcimiento en estos casos sí se transmite si el perjudicado fallece después de interponer la reclamación administrativa, ello indica que se trata de un derecho transmisible mortis causa, por lo que carece de sentido considerar como intransmisible el derecho al resarcimiento por lesiones si el perjudicado fallece prematuramente. Hacer depender la transmisibilidad del derecho a si éste ha sido o no ejercitado en vía administrativa no tiene, entiende este Juzgado, justificación pues la naturaleza del derecho (en orden a su transmisibilidad o no), no se altera antes o después de su ejercicio en vía administrativa”.

El argumento parece incontestable pero aunque, en puridad, esto debería ser así, no obstante, este planteamiento ha sido matizado por la jurisprudencia y por la doctrina consultiva<sup>138</sup>, en cuyos pronunciamientos conviven con absoluta naturalidad la negativa a la transmisibilidad de aquellos derechos y la aceptación sin ambages de la posibilidad de sucesión procesal de la reclamación planteada por la víctima antes de su fallecimiento, pues entienden que este —y no cuando se ocasionó el daño— es el preciso momento en el derecho es transmisible a los herederos (SSTSJ de Madrid de 15 de marzo de 2011 y de 28 de febrero de 2013<sup>139</sup> y de Canarias, Las Palmas, de 30 de diciembre de 2005<sup>140</sup> y dictámenes del Consejo Consultivo de Islas Baleares 86 y 149/2016<sup>141</sup>). Otros, sin embargo, han ido matizando o incluso

---

sufre un atentado contra un bien de la personalidad pueda recibir el provecho económico de la reparación que le habría otorgado al damnificado; no siendo correcto que el daño sufrido por una persona en su esfera personal se torne un beneficio injustificado para otro (...).” Por otra parte, si la víctima fallece sin haber interpuesto una acción dirigida a obtener su resarcimiento, ello sería indicativo de una especie de renuncia por parte de la víctima o de un perdón del ofendido. Y, por último, admitir la transmisibilidad de la indemnización por un daño que ya no es reparable para la víctima es tanto como otorgarle una finalidad punitiva que no le corresponde.

<sup>137</sup> Núm. 234/2018, ECLI:ES:JCA:2018:8078.

<sup>138</sup> MAYOR GÓMEZ, R. “Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: análisis jurídico y práctico de las cuestiones más problemáticas”, GABILEX, núm. 2, junio 2015, pp. 28 a 32.

<sup>139</sup> Núm. 214/2013.

<sup>140</sup> Núm. 777/2005, JUR 2006\69012

<sup>141</sup> Con cita en la STS de 16 de julio de 2004 (Rec. 7002/2000) afirman que “el daño moral es un derecho personalísimo, que corresponde ex iure propio a su titular (que es quien principio lo sufre) y que no

cambiando su criterio<sup>142</sup>. Así lo vino a reconocer el Consejo Consultivo de Asturias en su interesantísimo dictamen 49/2019 –y posteriores 143/2021, 222/2021, 123/2022, entre otros– que, en línea con la STSJ del Principado de Asturias de 5 de febrero de 2021<sup>143</sup>–, que tras un largo periodo en que se posicionó en contra de la transmisibilidad, ha reconsiderado su postura si bien de forma matizada, pues introduce la exigencia de que se acredite la imposibilidad del titular originario de ejercer o formular tal reclamación por no disponer de plazo para ello al haber fallecido o quedado incapacitado en su voluntad tras la consolidación de los daños o perjuicios.

Aunque con distinto criterio también lo ha hecho la Comisión Jurídica Asesora de Madrid, en cuyo dictamen 47/2023, continúa afirmando (como ya lo hiciera el Consejo Consultivo de Madrid en sus dictámenes 413/2013 y 391/2011, 159/2013, 87/2014 y la Comisión Jurídica Asesora en su dictamen 285/2016 y 201/2017, entre otros muchos) que “el derecho al resarcimiento de la lesión por daños personales es un derecho de crédito *intuitu personae* que solo lo puede reclamar el titular lesionado” y que, por tanto, no es transmisible, pero admite, con cita de la STS 141/2021, que una vez determinado el alcance del daño en la reclamación formulada, “sea transmisible el derecho de crédito así solicitado” pudiendo, en consecuencia, ser reclamado por los herederos, siendo tal pretensión compatible con la de resarcimiento del daño experimentado por estos como perjudicados por su fallecimiento.

Ha venido admitiendo sin reservas la legitimación *iuris hereditatis* el Consejo de Estado, que afirmó en su dictamen 3292/1999, de 22 de diciembre, que “el derecho a obtener indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a una persona durante su vida constituye en general un derecho de crédito, el cual pasa a integrarse en su herencia formando parte de ella en caso de fallecimiento”. Por su parte, la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña abordó esta cuestión en su dictamen 221/2016 en el que reconoció la legitimación activa del reclamante en su condición de heredero del causahabiente sobre la base del carácter patrimonial del derecho indemnizatorio. Así

---

es susceptible, por tanto, de transmisión mortis causa, lo que determina la imposibilidad de ser ejercitado *ex iure hereditatis* por personas distintas al perjudicado”. Por tanto, “no es posible aceptar esa pretensión y ello porque fallecida una persona se extingue su personalidad jurídica y, por tanto, no puede nacer en su favor una pretensión al resarcimiento del daño (...). Esta acción personalísima la hubiera podido ejercer en vida quien padeció ese daño moral e, incluso, si hubiera fallecido una vez iniciada la acción y se hubiera acreditado el daño y se hubiera dispuesto una indemnización a los beneficiarios de ella in iure propio que no como herencia, puesto que la indemnización no habría llegado a integrarse en el caudal hereditario”.

<sup>142</sup> REBOLLO PUIG, M., “Capacidad, representación y legitimación del reclamante en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial”, en *Revista de la Función Consultiva*, núm. 16, 2011, pp. 65 a 85 da buena cuenta de las dudas y vacilaciones puestas de manifiesto por la jurisprudencia y por la doctrina consultiva en este punto.

<sup>143</sup> ECLI:ES:TSJAS:2021:237.

afirma que “[...] en congruencia con esta doctrina, que reconoce el carácter patrimonial del derecho a la indemnización, y que sitúa el nacimiento del crédito resarcidor en el momento de producirse el daño, y no en otro posterior, no se aprecia que la circunstancia que singulariza el caso presente, en el que la acción no llegó a ser instada por el causahabiente, tenga que comportar una respuesta distinta en cuanto a la legitimación activa del heredero. En este sentido, en la medida que se ha establecido que el crédito resarcidor queda integrado en el patrimonio del causahabiente, y vistos el resto de elementos del caso presente, debe reconocerse la legitimación activa del hermano del perjudicado [...]”. En esta misma línea, el Consejo Consultivo de Castilla y León en su dictamen 375/2019 acogió también la tesis de la transmisibilidad a los herederos del derecho a reclamar los daños no patrimoniales sufridos por el causante.

También la jurisprudencia ha recibido con favorable acogida la pretensión indemnizatoria de los herederos aun en los casos en que no hubiera mediado reclamación previa del causante, al entender que el derecho del perjudicado a ser indemnizado no nace cuando este ejercita la acción resarcitoria, sino antes, cuando se produce el daño o como consecuencia del hecho lesivo que lo provoca -al igual que sucede en las relaciones entre particulares, según establece el artículo 1089 del Código Civil-, siendo entonces cuando surge el derecho de crédito resarcitorio que ingresa en su patrimonio y puede transmitirse a los herederos (STS 26 de marzo de 2012<sup>144</sup>). “Si se admitiera que el derecho a ser indemnizado solo nace en el momento en que se ejercita la acción –argumento implícito en la tesis de la intransmisibilidad del daño no reclamado en vida- sería difícil de explicar cómo puede la Administración declarar su propia responsabilidad de oficio, esto es, a falta de cualquier solicitud del perjudicado; por qué se computa el plazo de prescripción de la acción desde la fecha de producción del hecho o acto que motiva la indemnización, es decir, respecto de un derecho que todavía no ha nacido, o qué razón justifica que la cuantía de la indemnización se calcule por referencia al día en que la lesión se produjo” (STS de 13 septiembre de 2012<sup>145</sup>) o en el que el daño se sufre. Estas razones justifican que, como afirma el Consejo de Estado en su dictamen 514/2018, de 19 de julio, “independientemente de que se ejercite o no la acción indemnizatoria, es un derecho de crédito transmisible mortis causa”. En consecuencia, el derecho a la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el causante se transmite a sus herederos cuando fallece antes de pedir o de obtener la reparación de los mismos y desde ese momento se trata de un derecho ya nacido que forma parte de su patrimonio, aunque se trate de daños morales (STS de 18 de julio de 2018<sup>146</sup>) o incluso de omisión del consentimiento infor-

<sup>144</sup> ECLI:ES:TS:2012:2078.

<sup>145</sup> Núm. 535/2012, Recurso de Casación núm. 2019/2009, ECLI:ES:TS:2012:7648.

<sup>146</sup> ECLI:ES:TS:2018:3321.

mado (STS de 26 de marzo de 2012<sup>147</sup>). Es más, si el heredero fallece también antes de ejercer la acción, sus herederos igualmente adquieren su derecho de crédito a su fallecimiento. Así lo dejó afirmado la SAP de Madrid, de 1 de julio<sup>148</sup>: lo que aquí se discute es “si el cónyuge superviviente adquiere, como consecuencia del fallecimiento de la esposa, un derecho de crédito resarcitorio que, no ejercitado con anterioridad a su propio fallecimiento, se integra en el caudal relicto y en él, como en toda su herencia, pueden sucederle los hijos en calidad de herederos”.

En conclusión, si bien los bienes jurídicos sobre los que recae el daño (salud, vida o integridad física) tienen carácter personalísimo y, como tales, no son transmisibles por herencia (STSJ de la Comunidad de Madrid de 28 de febrero de 2013<sup>149</sup>), el derecho a ser resarcido económicamente por consecuencia de la lesión padecida sobre tales derechos, goza de la naturaleza de crédito de contenido patrimonial (SAP de Madrid de 1 de julio de 2009), por lo que tal derecho no se extingue con la muerte del causante (art. 659 CC); derecho al resarcimiento económico que nace desde el momento en que es causada la lesión sobre aquellos bienes jurídicos y no cuando es ejercitado ante los tribunales o reconocido en una sentencia judicial, que tiene efectos meramente declarativos y no constitutivos del mismo.

Siendo esto así, esto es, si el derecho al resarcimiento tiene carácter patrimonial y si el lesionado lo adquiere desde que lo sufre, en ese momento queda integrado en su patrimonio, y por tanto, desde ese instante es *susceptible de ser transmitido a sus herederos* (en palabras de la STS de 15 de marzo de 2001<sup>150</sup>). En este sentido se ha pronunciado el Consejo Consultivo de Andalucía en su reciente dictamen 621/2023 en el que admitió con base en estos criterios la legitimación *iuris hereditatis*, si bien puntualizando que para que dicha “susceptibilidad a transmitirse” pase a que realmente lo sea –es decir, a su transmisión efectiva– es necesario cumplir como presupuesto previo la identificación del daño -aunque aún no esté cuantificado pericialmente- *antes del fallecimiento* y obviamente que quede igualmente acreditada la condición de herederos de la víctima<sup>151</sup> pues, como se ha advertido, no resulta coincidente con la cualidad de perjudicados. La cuestión no es baladí pues, como afirma el Consejo de Estado en el citado dictamen 514/2018, de 19 de julio y en el 942/2018, de 20 de diciembre, cuan-

<sup>147</sup> Recurso 3531/2012.

<sup>148</sup> Núm. 436/2009, ECLI:ES:APM:2009:8802.

<sup>149</sup> Núm. 214/2013.

<sup>150</sup> Num. 141/2021.

<sup>151</sup> La SAP de Toledo de 10 de septiembre de 1998 (núm. 262/1998, rollo de apelación núm. 119/1998) desestima la acción de resarcimiento de daños y perjuicios porque fue ejercida por la esposa del titular de la indemnización que había fallecido y no acreditó su condición de heredera. La sentencia considera por ello que la acción la ejerció en nombre propio y exclusivo y no en favor de la comunidad hereditaria ni en representación de sus hijos como posibles herederos.

do se trata de daños no patrimoniales por lesiones o secuelas y el paciente fallece por causas ajenas a ellas, no cabe duda de que existe legitimación de los herederos para reclamar su indemnización<sup>152</sup>, mientras que es más discutible esa legitimación si el fallecimiento ha tenido lugar como consecuencia de esas mismas lesiones o secuelas<sup>153</sup>.

Teniendo esto en cuenta, si los herederos detentan al propio tiempo la condición de perjudicados por el fallecimiento de la víctima originaria en el sentido ya analizado podrán solicitar indemnización también en tal concepto puesto que, con la salvedad que advierte el Consejo de Estado, son pretensiones compatibles<sup>154</sup>. Como vino a afirmar la emblemática STS de 18 de julio de 2004<sup>155</sup>, el hecho de contar con un doble título, *ex iure hereditatis* y *ex iure proprio*, cada uno con su contenido patrimonial específico, permite su ejercicio conjunto, dado que no son acciones incompatibles o que se excluyan mutuamente (art. 71.2 LEC). Igualmente a tales pretensiones podrá añadirse la reclamación por los daños materiales que provocaron el hecho lesivo (gas-

<sup>152</sup> En el caso de autos de la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 30 de diciembre de 2005 (Núm. 777/2005, Recurso núm. 1704/2000) trataba de un derecho de indemnización derivado de lesiones y secuelas que se produjeron con motivo del accidente y en ella se afirma que “en estos supuestos la Sala ha entendido desde antiguo, con apoyo en la doctrina científica (Comentarios al artículo 659 del Código Civil, de Don Gabriel Arauz de Robles y otros), que el derecho al resarcimiento por lesiones se integra en la herencia de la víctima, al morir ésta por causa distinta al accidente. Y tal derecho, en los términos y en los casos expuestos anteriormente, es susceptible de transmisión. Y no cabe sostener que no se encontraba consolidado tal derecho de indemnización en el momento de la muerte, al no haber recaído resolución alguna que lo declarara, pues, por un lado, el artículo 661 CC proclama que la sucesión a título universal transmite al heredero el conjunto de las relaciones jurídicas del causante que no se extinguen, por razón de su propia naturaleza, con su muerte, y por tanto, ha de operarse la transmisión en todas sus obligaciones; pero también en todos sus derechos, ya estén consolidados o en vías de consolidación pues, cuando la posibilidad de ejercitar un derecho depende del curso de un plazo, al morir el causante, el heredero podrá ejercerlo una vez transcurrido dicho plazo, incluso sin esperar a su adjudicación, como ha ocurrido en el presente caso, en que la acción de responsabilidad ejercitada por don Juan María no había sido resuelta por la administración en el momento de su fallecimiento. Y si hubiese fallecido durante el desarrollo del proceso también habrían podido continuarlo sus herederos hasta sus terminación, aunque en este caso no se transmitiría el derecho subjetivo fundamento de la pretensión, sino la pretensión procesal”.

<sup>153</sup> El Consejo de Estado se aparta —y así lo reconoce expresamente el dictamen— de lo establecido en el art. 47 del Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que fue introducido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. El precepto lleva por rúbrica “compatibilidad de la indemnización a los herederos con la indemnización a los perjudicados por la muerte del lesionado” y dispone que: “En el caso de que el fallecimiento del lesionado se haya producido por causa de las lesiones padecidas y antes de fijarse indemnización, la indemnización que corresponda a sus herederos según lo previsto en los artículos anteriores es compatible con la que corresponda a los perjudicados por su muerte”.

<sup>154</sup> Así, por ejemplo, STSJ de Madrid de 31 de octubre de 2022 (Rec. 603/2021) afirmaba: “Por consiguiente, el daño corporal sufrido por el causante antes del fallecimiento, pericialmente determinado, puede ser reclamado por los herederos y es compatible con el daño experimentado por estos como perjudicados por su fallecimiento”.

<sup>155</sup> Núm. 515/2004.

tos médicos, de transporte, alojamiento, adaptación de la vivienda a las necesidades sobrevenidas del paciente, entierro y funeral...) así como por el daño moral propio que experimentaron al ver sufrir a su familiar antes de morir<sup>156</sup>.

### 3. Sucesión procesal de los herederos en la reclamación que presentó la víctima originaria antes de fallecer

Es pacífica la doctrina y la jurisprudencia en reconocer legitimación activa a los herederos en el caso de preexistencia de una reclamación formulada por la víctima, cuyo óbito se ha producido antes de que se dicte la resolución que la resuelva. El TS admite sin reparos tal legitimación para sustituir a la víctima primaria siempre y cuando los herederos continúen con la reclamación, en cuyo caso resulta enteramente indiferente el carácter moral o de los daños invocados por el causante<sup>157</sup>, puesto que, demostrado el perjuicio, el derecho a ser indemnizado nació desde el momento en que este se produjo. Desde tal momento el derecho quedó incorporado en el patrimonio de su titular, siendo susceptible de ser transmitido a los herederos (STS de 7 de diciembre de 1998<sup>158</sup>) no solo porque la preexistencia de una reclamación por daños anteriores al fallecimiento hace que estos entren dentro de su as hereditario, al comprender la herencia todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte (art. 659 y 661 del Código Civil), sino por la figura de la sucesión procesal que, según dispone el art. 16.1 LEC, “cuando se transmita *mortis causa* lo que sea objeto del juicio, la persona o persona que sucedan al causante podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que este, a todos los efectos”<sup>159</sup>.

Son varias las razones jurídicas que abonan esta conclusión. En primer lugar, en este caso no se transmite, en puridad, el derecho subjetivo (el *petrium doloris* ni el daño moral) que fundamenta la reclamación sino que se transmite la pretensión procesal deducida en ella, la cual generó un derecho de crédito transmisible a los herederos dado su carácter patrimonial. En segundo lugar, como afirma la STSJ de Andalucía (sede Sevilla) de 15 de julio de 2013<sup>160</sup>, la expectativa o el derecho a recibir

<sup>156</sup> En este sentido, el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 498/11 aludía a la “consiguiente angustia de los reclamantes al no aplicársele medicación paliativa y sedante, como era el expreso deseo de la familia, para evitar el sufrimiento del enfermo”.

<sup>157</sup> GÓMEZ CALLE, E. “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en la obra colectiva *Tratado de Responsabilidad civil*. Reglero Campos, L.F. (Dir.). Op. cit., p.404, con cita de las SSTs de 24 de junio de 1997, 28 de diciembre de 1998, 3 de diciembre de 1999, 7 de diciembre de 1998 y 20 de noviembre de 1990.

<sup>158</sup> Núm. 1507/1998, Recurso de Casación núm. 3928/1997.

<sup>159</sup> El Consejo Consultivo de Andalucía en sus dictámenes 138/2006 y 183/2020, entre otros, ha reconocido el nacimiento, *mortis causa*, de una relación jurídica transmisible que legitima a los herederos para intervenir en el procedimiento.

<sup>160</sup> Núm. 1144/2013, rec. 256/2011.

una indemnización se integró en el caudal hereditario de la persona fallecida, a tenor de lo dispuesto en el artículo 659 del Código Civil. En tercer lugar, la defensa de la herencia, integrando en el caudal hereditario el derecho a la indemnización es una facultad de cualquier heredero en beneficio de la comunidad, que por ello acepta tácitamente su cualidad de tal (artículo 999 del Código Civil)". Y, por último, como enseña la STSJ de Extremadura de 11 de marzo de 2010<sup>161</sup>, "la cantidad que se entrega no lo es por heredar las hijas el daño moral de la madre, sino la cantidad de dinero que a ésta le correspondía por el daño moral sufrido, que sí es susceptible de transmisión hereditaria, cuando la madre ya ha ejercitado la acción de responsabilidad patrimonial, que no se ha resuelto, de manera que la tardanza en la resolución del caso no puede perjudicarles". Ahora bien, debe tenerse en cuenta que los herederos que suceden al causante en la reclamación presentada por éste, lo hacen en la cuantía que reclamó, y por efecto de la *litis contestatio* no tienen posibilidad de aumentarla por nueva valoración o nuevos conceptos indemnizatorios, pues ello equivaldría a variar el objeto del procedimiento en el que suceden al titular originario una vez que había quedado fijado en sus términos. Cuestión distinta es que en su reclamación patrimonial no hubiera fijado el *quatum* indemnizatorio –por ejemplo, porque estuviera pendiente de informe pericial- en cuyo caso habrá de estarse a lo establecido en el mismo, que será tenido como cuantía máxima solicitada.

## VIII. EPÍTOME

No cabe duda. Como afirma Pantaleón Prieto "el futuro de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario está, sobre todo, en el tema de la pérdida de oportunidad"<sup>162</sup>, puesto que en la mayor parte de los supuestos el daño se produce por error o por retraso en el diagnóstico y en el tratamiento pero lo hace en unas condiciones en que no es posible asegurar que una actuación tempestiva, certera y adecuada hubiera logrado evitarlo. Que deba indemnizarse a la víctima por esa frustración de la expectativa de haber obtenido un mejor resultado, esto es, que deba repararse por la oportunidad que ha perdido constituye el gran dilema para la doctrina, que se divide entre aquellos que se muestran abiertamente opuestos a admitirla –por la incertidumbre en la prueba o por la inexistencia de relación causal entre la acción u omisión y el resultado lesivo- y quienes consideran que no hacerlo supone exonerar injustamente al centro sanitario que en algún grado o medida ha contribuido a producirlo y dejar desprotegida a la víctima, que acabaría soportando sin resarcimiento un daño que, aunque pasivo, se sabe cierto.

<sup>161</sup> Núm. 78/2010, rec. 389/2009.

<sup>162</sup> En la conferencia pronunciada en las Jornadas sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas que organizó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid los días 15 y 16 de marzo de 2012.

La doctrina de la pérdida de oportunidad se nos presenta así como la mejor opción pero, siendo reciente su origen en la jurisprudencia, es de toda lógica que su aplicación práctica adolezca de serias contradicciones e insuficiencias que es preciso superar. Así sucede en relación a la exigencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial, que en la pérdida de oportunidad deben concurrir si bien con ciertas modulaciones –que algunas resoluciones judiciales desatienden- derivadas de la especificidad que impone la incertidumbre causal propia de esta doctrina, en cuanto a la mala praxis y su trascendencia lesiva –que a veces pasa desapercibida-, o respecto a su cuantificación –que en muchas ocasiones no se aminora o lo hace con criterios de reducción que no son precisamente los más adecuados-.

Igual reproche cabría hacer a la forma de entender la pérdida de oportunidad. Son numerosas las sentencias y los dictámenes de Consejos Consultivos que afirman –con desacierto, en mi opinión- que es una alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite aplicarla aun cuando esta quiebra no se ha producido. Otras, consideran que es un daño autónomo que se asemeja al daño moral, con lo que dejan sin resarcir los daños patrimoniales que hayan podido producirse, mutan inopinadamente la pretensión de resarcimiento de daños físicos por una indemnización por un daño moral que no fue invocado ni solicitado, incurriendo así en incongruencia procesal, y cuantifican la lesión con criterios de discrecionalidad que no siempre van acompañados de la suficiente motivación. Considero que el entendimiento acertado no es otro que el criterio de la imputación causal probabilística, pues elimina la inseguridad que genera proceder a la valoración a tanto alzado, evita indemnizaciones por daños hipotéticos y respeta el *petitum* y con ello, el objeto del procedimiento.

Cuestión especialmente espinosa es la relativa a la legitimación activa en los casos en que los herederos pretenden reclamar *ex novo* por daños tan personalísimos como son los daños morales y el *pretium doloris* que sufrió la víctima originaria, quien falleció sin haber presentado reclamación alguna solicitando su resarcimiento. La jurisprudencia y la doctrina consultiva tampoco ofrecen una respuesta unánime y, en muchas ocasiones, manejan con cierta inseguridad sus argumentos cuando niegan la transmisibilidad en este caso y la admiten sin reparo en los supuestos de sucesión procesal de los herederos, que se subrogan en la reclamación que presentó el causante antes de fallecer, olvidando que la transmisibilidad de un derecho y su carácter personalísimo parece que es algo que no debe hacerse depender de la preexistencia de reclamación patrimonial.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO RESTREPO, P. “La relación médico-paciente. Un ideal para el siglo XXI”, en *Médicas Uis*, 2012;25(1):63-9. *Revista de los estudiantes de medicina de la Universidad industrial de Santander*. Universidad de La Sabana. Bogotá D.C. Colombia.
- ASENSI PALLARÉS, E. “Evolución de la doctrina de oportunidad en responsabilidad médica”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013.
- ASENSI PALLARÉS, E. “La evolución de la doctrina de oportunidad en responsabilidad médica”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara I. “Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños” en *Estudios en Homenaje al Prof. Dr. Roca Guillamón*, Tomos I, II y III, marzo, 2021.
- CANO CAMPOS, T. “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado por los daños no patrimoniales causados por la administración”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 191, Madrid, 2013.
- ESPADA MALLORQUÍN, S. “La transmisibilidad del crédito indemnizatorio por daño moral de la víctima fallecida. Análisis del caso chileno”, en *Vniuersitas*, Universidad Javeriana. Vol. 69, 2020.
- ESPINOSA BRITO, A. “Guías de práctica clínica. Algunos aspectos relacionados con su elaboración e implementación”, en *Revista Electrónica de las Ciencias Médicas en Cienfuegos* 7(5), Medisur 2009.
- GALLARDO CASTILLO, M<sup>a</sup> J. “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 2015.
- GARCÉS-GARRO RANZ, M., “La consolidación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario: teoría, articulación de la prueba y cuantificación de la indemnización”, en *RC, Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 4, 2014.
- GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup> C. “La doctrina sobre la pérdida de oportunidades en el ámbito sanitario: ¿Una oportunidad perdida?, en la obra colectiva *Responsabilidad médico-sanitaria*, dirigida por Herrador Guardia, M. (Dir.). Las Rozas (Madrid), Ed. Sepín, 2022.
- GARNICA MARTÍN, J.F. “La prueba del lucro cesante”, *Práctica de Tribunales*, núm. 37, LA LEY 1101/2007, 2007.

- GASCÓN ABELLÁN, M. y MEDINA ALCOZ, L. “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)”. *Teoría y Derecho*, núm. 6, 2009.

- GIL MEMBRADO, C. “Pérdida de oportunidad en responsabilidad sanitaria por falta o deficiencia de información: ¿Un artificio para sortear la causalidad?”, en la obra colectiva *Cuestiones clásica y actuales del Derecho de daños: estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*. Ataz López, J., Cobacho Gómez, J.A., Roca Guillamón, J., Díaz-Bautista Cremades, A. (Coord.) Vol. 2, 2001.

- GÓMEZ CALLE, E. “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en la obra colectiva *Tratado de Responsabilidad civil*. Reglero Campos, L.F. (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2002.

- GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> C. “El escándalo de la pérdida de oportunidad”, *Diario la Ley*, núm. 9869, Sección doctrina, 2021.

- GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> C. “Pérdida de oportunidad procesal: motivación de la identificación y valoración del daño y del nexo causal. Comentario a la STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 3959)”, *Cuaderno Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 107/2018.

- HURTADO DÍAZ-GUERRA, I. *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria: criterios de racionalización*. Tesis doctoral dirigida por la Dra. Ana María de Marcos Fernández, Universidad Autónoma de Madrid, marzo 2017.

- LATORRE, LUNA, L. “La aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño moral como concepto indemnizable”, en *Bioderecho*, núm. 8, 2018.

- LLAMAS POMBO, E. “Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 110/111, Sección Editorial, La Ley 17997/2012.

- LLAMAS POMBO, E. *Reflexiones sobre el Derecho de daños: casos y opiniones*. Editorial LA LEY, Madrid, 2010.

- LUNA YERGA, A, “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria, *InDret*”, *Revista para análisis del Derecho*, núm. 288, 2005.

- MARAÑÓN, G. *Vocación y ética y otros ensayos*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1946.

- MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J. “Comentario a la STS de 7 de junio de 2022”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 60, 2002.

- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. “La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria”, en la obra colectiva *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, Llamas Pombo, E. (Dir.). LA LEY, Madrid, 2014.

- MAYOR GÓMEZ, R. “Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: análisis jurídico y práctico de las cuestiones más problemáticas”, *GABILEX*, núm. 2, junio 2015.

- MEDINA ALCOZ, L. “Capítulo IV. La doctrina de la pérdida de oportunidad en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Reflexiones críticas”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, número 47, dic. 2009.

- MEDINA ALCOZ, L. “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidades”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 30, 2009.

- MEDINA ALCOZ, L. “La responsabilidad patrimonial como respuesta a la incertidumbre causal”: ¿problema del daño, de la causa o de la prueba?. *Revista TEORDER*, núm. 6, 2009.

- MIR PUIGPELAG, O. *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Cívitas, Madrid, 2000.

- PANTALEÓN PRIETO, F. “Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte”, *ADC*, 1983.

- PASQUAU LIAÑO, M. “Responsabilidad por inadecuada o insuficiente información al paciente de los riesgos propios de la intervención médico-quirúrgica: cuándo se responde y cómo se determina el importe indemnizatorio”, en *Ponencias XII Congreso sobre responsabilidad civil y derecho de circulación. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. López García de la Serrana y Estrella Ruiz (Dir.) Madrid, Ed. Sepín, 2012.

- REBOLLO PUIG, M., “Capacidad, representación y legitimación del reclamante en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial”, en *Revista de la Función Consultiva*, núm. 16, 2011.

- RIBOT IGUALADA, J. “La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado”, en *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre, 2007.

- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. “La teoría de la pérdida de oportunidad. Comentario a una reciente monografía”, en *Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 1, 2009.

- ROMEO CASABONA, C.M. “Las actuaciones de los profesionales sanitarios y sus repercusiones en la esfera penal”, en *Responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones sanitarias*. Sevilla, 1994.

- ROMERO COLOMA, A.M. “La responsabilidad de la Administración sanitaria por retraso en pruebas médico-diagnósticas”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 16, 2004.

- SARDINERO GARCÍA, C. “Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en la medicina pública española”, Tesis doctoral dirigida por Santiago Sáez, A., Perea Pérez, B. y Benito León, J. Universidad Complutense de Madrid, 2017.

- VICANDI MARTÍNEZ, A. “La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria. ¿Se puede cuantificar lo incuantificable?”, en *Derecho y salud*, vol. 25, núm. 2, 2015.

- VICENTE DOMINGO, E. “El daño”, en la obra colectiva *Tratado de Responsabilidad Civil*. Reglero Campos, L.F. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2002.

- XIOL RIOS, J.A. “El daño moral y la pérdida de oportunidad” en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 2010.

**La autorización de viviendas unifamiliares aisladas  
en suelo rústico en la ley 7/2021, de 1 de diciembre,  
de Impulso para la sostenibilidad del territorio  
de Andalucía**

*Antonio José Sánchez Sáez*

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

ajss@us.es

Facultad de Derecho

I. INTRODUCCIÓN: UNA REFLEXIÓN QUE INDUCE A LA MELANCOLÍA. II. LOS ANTECEDENTES DEL CASO ANDALUZ: OTRAS CC.AA. QUE HAN PERMITIDO VIVIENDAS UNIFAMILIARES AISLADAS EN SUELO NO URBANIZABLE. 1. CC.AA. que condicionan la construcción de viviendas aisladas a que lo permita el planeamiento urbanístico. A. Asturias. B. Extremadura. C. Islas Baleares. D. Comunidad de Madrid. E. Navarra. 2. CC.AA. que permiten la construcción de viviendas unifamiliares aisladas *ope legis* y en ausencia de previsión en el planeamiento. A. Aragón. B. Cantabria. C. La Rioja. D. Comunidad valenciana. III. LAS VIVIENDAS UNIFAMILIARES AISLADAS EN SUELO RÚSTICO EN LA LISTA COMO CASO TESTIGO DE LA COMPLEJIDAD DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE URBANISMO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. 1. La cuestión competencial en la normativa previa del Estado. 2. El TRLS de 2015 permite que las CC.AA. puedan regular la construcción de viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico, no vinculadas a la explotación económica del predio. 3. El Tribunal Constitucional también ha validado esa posibilidad. 4. ¿Pacto Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía para permitir las viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico? 5. La necesidad de doble autorización (autonómica y local) de las viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico. IV. CONDICIONES EXIGIDAS EN ANDALUCÍA A LOS USOS RESIDENCIALES EN SUELO RÚSTICO. 1. Condiciones generales. 2. Usos residenciales en suelo rústico. 3. Requisitos específicos de las viviendas que sean actuaciones extraordinarias. 4. El requisito

de no poder inducir a la formación de nuevos asentamientos. 5. Requisitos específicos de las viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico. V. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS UNIFAMILIARES AISLADAS EN SUELO RÚSTICO EN ANDALUCÍA. VI. LA AUTORIZACIÓN AUTONÓMICA Y LOCAL DE LAS VIVIENDAS UNIFAMILIARES AISLADAS EN SUELO RÚSTICO EN ANDALUCÍA. 1. El Informe preceptivo *sub conditione* y vinculante de la Comunidad Autónoma andaluza. A. Carácter preceptivo del informe autonómico. B. El ámbito objetivo del informe autonómico: el riesgo de formación de núcleo de población. a. Su regulación en la LOUA. b. Su regulación actual en la LISTA y su Reglamento. 2. La competencia municipal de autorización de las viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico en Andalucía, previa a la licencia de obras. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

Una de las grandes novedades de la LISTA ha sido la posibilidad de autorizar viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico, desvinculadas de la explotación económica de la finca.

Andalucía se iguala, así, a la mayoría de las CC.AA., que ya permitían estos usos.

La clave del asunto está en las condiciones y límites que se impongan. La LISTA y su reglamento han mantenido la exigencia de no creación de nuevo núcleo de población y otros requisitos muy exigentes.

Bienvenida esta posibilidad abierta por la LISTA, ya que la prohibición absoluta de la LOUA se ha demostrado perjudicial, pues esta demanda social legítima quedaba frustrada y se ha traducido en un incremento vertiginoso de las edificaciones clandestinas en nuestra región.

**PALABRAS CLAVE:** viviendas unifamiliares aisladas; suelo rústico; usos extraordinarios; riesgo de creación de nuevo núcleo de población

## SUMMARY

One of the great novelties of the LISTA has been the possibility of authorizing isolated single-family homes on rural land, unrelated to the economic exploitation of the farm.

Andalucía is thus equal to the majority of the Autonomous Communities, which already allowed these uses.

The key of the matter is in the conditions and limits that are imposed. The LIST and its regulations have maintained the requirement of not creating a new population center and other very intense requirements.

We welcome this possibility opened by the LISTA, since the absolute prohibition of the LOUA has been shown to be detrimental, since this legitimate social demand was frustrated and has resulted in a fast increase in clandestine buildings in our region.

**KEY-WORDS:** detached single-family homes; rustic floor; extraordinary uses; risk of creating a new population center

## I. INTRODUCCIÓN: UNA REFLEXIÓN QUE INDUCE A LA MELANCOLÍA

Una de las grandes novedades que ha traído consigo la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de Impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (LISTA, en adelante), muy publicitada mediáticamente, ha sido la posibilidad de que el propietario de una finca rústica pueda construirse en ella una vivienda unifamiliar de carácter aislado, con las condiciones establecidas.

Y es que la anterior ley del suelo de Andalucía, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA, en adelante), prohibía de manera absoluta los usos residenciales que no estuvieran vinculados a la explotación agropecuaria de la finca y fueran necesarios para la mejor explotación de los recursos naturales<sup>1</sup>.

Tras veinte años de experiencia, se puede decir que, al menos en este punto, la LOUA fue un absoluto fracaso, como lo demuestra el hecho de que ha seguido aumentando exponencialmente, año tras año, el número de viviendas ilegales construidas en suelo rústico en Andalucía, en todas las provincias, en zonas de montaña, de costa y de campiña.

Ante este fenómeno, la LOUA no ofrecía ninguna solución. La posibilidad de legalizar usos residenciales en suelo rústico común se dio, ya tardíamente, mediante el Decreto-ley 3/2019, de 24 de septiembre, de Medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la Comunidad Autónoma

---

<sup>1</sup> Así, su art. 52.1, B) permitía en suelo no urbanizable común las edificaciones, construcciones, obras o instalaciones que, no estando prohibidas por los Planes de Ordenación del Territorio, por el Plan General de Ordenación Urbanística o Plan Especial de desarrollo, fueran consecuencia del normal funcionamiento y desarrollo de las explotaciones agrícolas, y siempre que quedara justificada la necesidad de construir dicha vivienda unifamiliar aislada, por estar vinculada a un destino relacionado con fines agrícolas, forestales o ganaderos.

de Andalucía, cuando existieran varias viviendas juntas (agrupaciones de viviendas irregulares), previa reclasificación del suelo desde la categoría de no urbanizable a urbano no consolidado (art. 21 del mismo). Pero cuando se trataba de viviendas aisladas, esa solución era prácticamente imposible, por cuanto exigía una revisión del PGOU para un caso singular, pudiendo suponer desviación de poder o, peor aún, hechos constitutivos de prevaricación o cohecho, en no pocos casos. En estos supuestos de construcción de viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico, la única propuesta de la LOUA era la sanción administrativa grave o muy grave<sup>2</sup> y, en muchos casos, la remisión del asunto al Ministerio Fiscal, para que iniciara la investigación por delito contra la ordenación urbanística del art. 319 del Código Penal.

La prohibición absoluta de este tipo de construcciones por parte de la LOUA ha supuesto, por tanto, un incremento de la clandestinidad de la vivienda rural en Andalucía, lo que ha redundado en un mayor daño a los recursos naturales y al paisaje, por la ausencia de normativa. Así lo entienden también CANO MURCIA<sup>3</sup> y MARTÍN VALDIVIA<sup>4</sup>.

No era sostenible una solución que pasaba por imponer la Ley del embudo: la boca estrecha, cerrada - diríamos mejor - para la posibilidad de autorizar usos residenciales rurales no vinculados a la explotación agropecuaria y la boca ancha para, por la puerta de atrás, acabar legalizándolas cuando eran ya muchas las viviendas unifamiliares construidas, a modo de nuevo núcleo de población, y la vergüenza por la inactividad municipal llegaba a oídos de la Administración autonómica<sup>5</sup>.

Varias razones abonaban esta solución perversa: las jugosas sanciones que se imponían a los propietarios, el mantenimiento sin derribo de las casas irregulares

<sup>2</sup> Art. 207, apdos. 3º y 4º, respectivamente.

<sup>3</sup> Cfr. CANO MURCIA, A., *El régimen jurídico del suelo no urbanizable o rústico*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 279. En su opinión, no atender esta demanda social concreta de vivienda no vinculada en suelo rústico supone un fracaso del urbanismo en España, con un sistema urbanística rígido y lento que, unido al deseo de construir una vivienda unifamiliar aislada para huir de la rutina diaria acaba redundando en viviendas ilegales.

<sup>4</sup> Cfr. MARTÍN VALDIVIA, S. Mª., “Las clases de suelo y su régimen jurídico. Especial referencia al suelo rústico”, en MARTÍN VALDIVIA, S. Mª. (director), *Un nuevo paradigma en el urbanismo andaluz (Análisis de la Ley 7/2021, de Impulso para la sostenibilidad del territorio en Andalucía)*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur menor, 2022, p. 64, que considera una “necesidad perentoria” regular permisivamente las viviendas aisladas en suelo rústico, pues la prohibición absoluta de la LOUA era una “anomalía jurídica”, que trataba de “ponerle puertas al campo”. Sigue diciendo que la “tendencia a la edificación para estos usos en suelo rústico se ha revelado inabarcable para el legislador autonómico”. Cabría hablar aquí, en su opinión, cuando uno considera esta demanda social creciente, de la “fuerza normativa delo fáctico” (Jellinek)

<sup>5</sup> Vid. JORDANO FRAGA, J., “Teoría general de la regularización de las edificaciones ilegales: la regularización en Andalucía: AFO (Asimilado a Fuera de Ordenación) y Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía de 7 de Octubre de 2014”, en JORDANO FRAGA, J., (coord.) *El urbanismo de la crisis: la regularización de las edificaciones ilegales y el régimen de asimilación a fuera de ordenación*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 19-54.

por motivos electorales locales y, por las mismas razones electorales y económicas, la legalización a posteriori de esas “urbanizaciones” en suelo rústico y el cobro de los dineros exigidos para ello, además de la contribución urbana generada por las nuevas viviendas una vez legalizadas<sup>6</sup>.

Todo, pues, conspiraba a favor del mantenimiento malicioso de la prohibición de construcción legal de este tipo de viviendas, ya que todos ganaban con ello: los propietarios de suelo rústico porque podían construir estas viviendas a un módico precio y venderlas luego con mucha ganancia; los adquirentes, que podían comprar viviendas en lugares privilegiados a un precio inferior al de mercado; los constructores, por razones obvias; y las Administraciones locales, que miraban para otro lado para ganar votos y afianzarlos con su legalización posterior, cobrando, durante todo el *iter* procedimental, sanciones y luego cantidades por legalización e impuestos una vez legalizadas.

Actualmente son más de 300.000 las edificaciones irregulares en suelo rústico Andalucía, como indica la Exposición de Motivos del antes citado Decreto-ley 3/2019, de 24 de septiembre, de Medidas urgentes para la Adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la Comunidad Autónoma de Andalucía<sup>7</sup>.

Ese fracaso de la LOUA ha pesado mucho y ha desembocado en la regulación de las viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico en la LISTA. El pragmatismo que hay detrás de su autorización en la nueva Ley implica reconocer que se ha optado por el mal menor, ciertamente. Pero también cabe decir que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la competencia exclusiva autonómica en materia de urbanismo y ordenación del territorio y la normativa de suelo estatal, 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 (TRLRUR, en adelante), dan margen legal para que las CC.AA. que lo deseen permitan ese tipo de construcciones, con las cautelas que luego veremos.

A ambos motivos se suma un tercero: Andalucía ha vivido tradicionalmente de su campo y en su campo, de sus actividades ganaderas y agrícolas, hasta hace poco. Eso motivaba la existencia de un tipo de soluciones habitacionales temporales o permanentes en suelo rústico, vinculadas a dichas explotaciones. Estos cortijos, cortijadas y casas de labor, donde vivían varias familias que trabajaban el campo y el ganado,

---

<sup>6</sup> Cfr. SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., “Edificaciones asimiladas a fuera de ordenación en Andalucía: pecado, expiación y redención”, en JORDANO FRAGA, J., (coord.) *El urbanismo de la crisis: la regularización de las edificaciones ilegales y el régimen de asimilación a fuera de ordenación*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 177 y ss.

<sup>7</sup> Remite dicho dato del «Análisis-diagnóstico de la ocupación edificatoria en el suelo no urbanizable de Andalucía», en mayo de 2009 por la Consejería con competencias en materia de urbanismo, y de análisis aproximativos del territorio andaluz en desarrollo de los distintos Planes Generales de Inspección, plasmados en información georreferenciada de la actividad inspectora durante el período 2009-2019.

dejaron de ser útiles por la dureza del trabajo y por la emigración a la ciudad. Y ahí siguen, abandonados, desmoronándose como vestigios de un pasado no muy lejano, al que pertenecieron muchos de nuestros padres y abuelos. Con esto quiero decir que las construcciones aisladas en el campo no suelen crear interferencias paisajísticas ni ambientales. Cuando tienen una dimensión razonable y su estética es tradicional, no solo no afea el entorno del suelo no urbanizable sino que lo hace agradable y cuidado.

La presente permisión de viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico en la LISTA, evidentemente es un fenómeno distinto pero parte de esa premisa. La ley andaluza, con la autorización de este tipo de usos residenciales aislados en suelo rústico, parece estar pensando en dos tipos de personas: por un lado, los lugareños que viven en el casco urbano y que desean construirse una segunda vivienda en la que pasar fines de semana y períodos vacaciones, en contacto con la naturaleza, no lejos de su pueblo. Y, por otra parte, los “urbanitas” de las grandes ciudades<sup>8</sup>, que ahora se pueden sentir atraídos por la compra de fincas rústicas de mediana extensión para hacerse una casa donde pasar sus vacaciones, en municipios cerca de la playa o en la montaña. También sería posible, pero más raro, que esos mismos urbanitas, sin comprar la finca rústica, puedan querer adquirir del propietario de la finca la casa que éste se haya construido tras la entrada en vigor de la LISTA, lo que daría lugar a la adquisición de un derecho de superficie sobre la casa o a su alquiler temporal con carácter turístico (casas rurales). Se generaría, así, un floreciente mercado “secundario” de viviendas rústicas, en compraventa o alquiler.

Como indica la Profa. CANTO LÓPEZ, las viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico están emparentadas con el modelo urbanístico de la ciudad jardín de Ebenezer Howard, que en España fue desarrollado, paralelamente, por el modelo de ciudad lineal de Arturo Soria. Pero no puede decirse que tenga un encaje perfecto con esos modelos, pensados para la urbanización del espacio existente entre la ciudad urbanizada y el campo. Más bien, como indica la autora, nos encontramos con un modelo habitacional que es anterior incluso a la existencia de los mismos pueblos, pues incluso desde antes de la colonización romana de España (con numerosas villas en el campo, tanto para población acomodada como para dar servicio a los usos agropecuarios del mismo) las distintas culturas que han vivido en España lo han hecho también en el medio rural.

Lo cierto es que se trata de un modelo residencial que cada año aumenta en España en todas las Comunidades, y que obedece, en su opinión a un aumento de la demanda turístico-inmobiliaria del litoral (también de la campiña y de las zonas montañosas, diríamos nosotros), el desuso de la actividad agropecuaria y de sus casas de labor, la

---

<sup>8</sup> Cfr. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “El suelo rural”, en *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V*, Civitas, 2012, p. 5 del artículo en Aranzadi Digital.

combinación de cambios residenciales de la población en las proximidades de las ciudades y las nuevas tendencias del crecimiento urbano, junto con la normativa urbanística vigente, más tendente a permitir las viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico<sup>9</sup>.

RUIZ ARNÁIZ llama a las viviendas unifamiliares aisladas no vinculadas a usos agropecuarios “viviendas turísticas o de segunda residencia”, seguramente porque en zonas de costa es más habitual que sean explotadas turísticamente, más que ser segunda residencia para su propietario. También hay casas aisladas que se alquilan por días en la sierra<sup>10</sup>. También se muestra favorable a su autorización MARTÍN REBOLLO<sup>11</sup>.

Acotando más el tema de nuestro estudio, cabe decir que cuando hablamos de viviendas unifamiliares aisladas nos referimos, evidentemente, a casas de propiedad única<sup>12</sup>, nunca a edificios en propiedad horizontal; ubicadas en suelo no urbanizable; aisladas o separadas de otras próximas. Luego veremos cómo la normativa autonómica desarrolla los requisitos legales y de planeamiento que debe cumplir esa residencia para ser considerada “aislada”, con la finalidad de evitar la constitución de un núcleo de población<sup>13</sup>. Y, por supuesto, se trata de viviendas autónomas, es decir, no vinculadas a la explotación económica de la finca en la que se construyen.

## II. LOS ANTECEDENTES DEL CASO ANDALUZ: OTRAS CC.AA. QUE HAN PERMITIDO VIVIENDAS UNIFAMILIARES AISLADAS EN SUELO NO URBANIZABLE

Este cambio de óptica, de prohibitiva a permisiva, no es exclusivo de Andalucía. Muchas otras Comunidades Autónomas han optado por autorizar, con mayor o menor rigurosidad, la construcción de viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico o no urbanizable.

<sup>9</sup> Cfr. CANTO LÓPEZ, M. T., *La vivienda familiar en el suelo no urbanizable*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 27-33.

<sup>10</sup> Cfr. RUIZ ARNÁIZ, G., “Régimen urbanístico del suelo rústico. En especial, la construcción de viviendas”, *La Ley*, Madrid, 2006, pp. 454-461.

<sup>11</sup> Cfr. MARTÍN REBOLLO, L., “Del suelo no urbanizable al suelo rústico: evolución de la normativa urbanística estatal con referencia a la legislación del suelo de Cantabria”, en *RDU*, n.º 222, 2005. En la p. 15 de la versión vlex de este artículo, el Prof. REBOLLO considera inevitable la existencia de viviendas aisladas en suelo rústico, con los requisitos debidos: “Ello supone reconocer que entre el campo y la ciudad puede haber diversos y escalonados modos de asentamiento; que se puede fomentar tanto el ocio productivo como las pequeñas economías de autoabastecimiento y algún tipo de vivienda aislada; que no todo asentamiento disperso es necesariamente perjudicial para el medio cuando la agricultura tradicional está en retroceso y la ganadería ha cambiado en alguno de sus enfoques habituales. En definitiva, asumir que controlar no es siempre prohibir, sino con frecuencia encauzar y orientar”.

<sup>12</sup> Sobre el concepto estricto de vivienda unifamiliar, excluyendo a las bifamiliares o plurifamiliares, véase STSJPV de 8 de febrero de 2006 (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2ª), *JUR* 2006\155390, ponente D. Ángel Ruiz Ruiz.

<sup>13</sup> Se trata de evitar que el suelo rústico común se convierta en una especie de sucedáneo de suelo urbanizable, en palabras de RUIZ ARNÁIZ, G., (2006, 457).

A continuación haremos un breve resumen del régimen jurídico de las edificaciones residenciales aisladas en suelo rústico en aquellas otras CC.AA. que las permiten sin tener que estar vinculadas a usos agrarios o pecuarios, clasificándolo por tipos. Se trata, en general, de segunda vivienda, de carácter vacacional, que se construyen los propietarios de los predios<sup>14</sup>. En algunos casos sólo se permitirán cuando lo permita el planeamiento urbanístico; en otros, se permiten *ope legis*, lo que debe interpretarse en el sentido de que, en ausencia de directrices ad hoc del planeamiento, se deben entender permitidas.

## **1. CC.AA. que condicionan la construcción de viviendas aisladas a que lo permita el planeamiento urbanístico**

### A. Asturias

En el principado de Asturias, debido a su especial naturaleza rural, cabe también la construcción de viviendas unifamiliares aisladas de tipología no urbana, con la consabida y tradicional condición que se impone en estos casos, y que luego estudiaremos más profundamente: esto es, en lugares y condiciones en los que no exista riesgo de formación de un nuevo núcleo de población. Y siempre que se cumplan los requisitos de parcela mínima y disponibilidad de servicios, desvinculadas de la explotación agrícola o pecuaria de la finca.

El planeamiento urbanístico debe permitirlo expresamente, para mantener la armonía del territorio (art. 124 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo).

### B. Extremadura

En Extremadura, el art. 67 de la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de Ordenación territorial y urbanística sostenible, permite el uso “residencial autónomo”, es decir, no vinculado a la explotación de la finca, si el planeamiento regula sus condiciones de implantación, siempre que no precisen de autorización o comunicación ambiental autonómica. También cabrá el uso residencial autónomo en ausencia de planeamiento, o cuando éste no regule intensidades y condiciones de implantación, con autorización municipal (si es en suelo rústico) o de la Junta de Extremadura (si fuera suelo rústico especialmente protegido).

---

<sup>14</sup> En otras Comunidades como Canarias, Castilla-León, Galicia, Murcia, País Vasco o Cataluña, esas viviendas unifamiliares aisladas tienen que estar vinculadas a usos rurales o de vigilancia de la actividad económica rural que se lleve a cabo en la finca. Tienen, en estos casos, una importante labor de fijación de la población local y contribuyen a paliar la despoblación de lo que se ha venido en llamar como “España vaciada”, pues fomentan la construcción de viviendas y la explotación económica de las fincas en las que se asientan.

Se consideran usos autorizables los que el planeamiento no catalogue expresamente como permitidos o prohibidos (el uso residencial autónomo), en ausencia de planeamiento o cuando éste no regule intensidades y condiciones de implantación. La calificación rústica la dará el Ayuntamiento si se trata de suelo rústico común y cuando el planeamiento permita el uso doméstico autónomo; y la Junta de Extremadura, si se trata de suelo rústico de especial protección y en ausencia de permiso por parte del planeamiento. Luego, el propietario tendrá que solicitar la licencia de obras municipal, como sucede en Andalucía (arts. 68 y 69).

### C. Islas Baleares

En las baleares, las actividades relacionadas con el uso de vivienda unifamiliar sólo podrán efectuarse en las zonas en que tal uso no esté declarado prohibido por los instrumentos de planeamiento general y las condiciones que en ellos se establezcan.

Podrá construirse solo una vivienda unifamiliar por parcela, que deberá tener la superficie determinada por el planeamiento general que, para los terrenos calificados como suelo rústico común, deberá ser superior o igual a 14.000 metros cuadrados. Para los terrenos calificados como suelo rústico protegido, el planeamiento municipal determinará las superficies mínimas aplicables, que deberán respetar o superar los parámetros mínimos fijados en la Ley (art. 25 de la Ley 6/1997, de 8 de julio, del Suelo Rústico de las Islas Baleares).

### D. Comunidad de Madrid

En la Comunidad de Madrid, con la Ley 5/2012, de 20 de diciembre, de Viviendas rurales sostenibles se podían construir viviendas rurales sostenibles en suelo rústico no sujeto a protección sectorial; incluso también en éste si el régimen jurídico del mismo no prohibiera el uso residencial<sup>15</sup>.

A nuestro juicio, las condiciones allí impuestas y la exigencia de proyecto técnico donde se garantizara la inexistencia de afectación a los valores ambientales eran suficientes para permitir las sin problemas. Además, los propietarios de estas casas tenían que darse alta en los suministros urbanos mediante autoconsumo, como ahora ocurre en Andalucía, sin que las Administraciones tuvieran obligación de realizar desembolso alguno al respecto. No parece muy adecuado, sin embargo, que el silencio de la licencia municipal fuera positivo, si llegaba el plazo máximo para resolver sin resolución expresa.

---

<sup>15</sup> Se entendía por tal tipo de vivienda la vivienda unifamiliar aislada (como en el caso andaluz), que cumplía los requisitos del Anexo de la Ley, más exigentes incluso que los actualmente recogidos en el art. 31 del Decreto 550/2022, de la Consejería de Fomento de la Junta de Andalucía, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la LISTA.

Tras la derogación de la Ley y la suspensión de las licencias por la Ley 1/2016, de 29 de marzo, por la que se deroga la Ley de Viviendas Rurales Sostenibles de la Comunidad de Madrid, solo se podrán construir edificaciones en suelo no urbanizable de especial protección si media una previa calificación urbanística, a otorgar por la Administración autonómica, conforme a los arts. 147 y ss. de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid. En suelo no urbanizable ordinario las construcciones deben estar vinculadas a la explotación del terreno.

#### E. Navarra

En la Comunidad foral de Navarra se podrán autorizar viviendas en suelo no urbanizable de preservación cuando se trate de viviendas unifamiliares aisladas, destinadas a residencia habitual y permanente de su titular, en las condiciones y áreas geográficas que se determinen reglamentariamente o por los instrumentos de ordenación territorial. No podrán construirse en suelo no urbanizable protegido.

Para poder autorizar este uso deberá además estar expresamente previsto en el planeamiento municipal, que podrá desarrollar y concretar en su ámbito territorial las condiciones y áreas oportunas<sup>16</sup>.

Otro límite es que no pueden autorizarse nuevas viviendas en parcelas donde ya existan edificaciones con uso residencial. No obstante, una edificación con uso residencial podrá englobar dos unidades de vivienda por parcela cuando entre sus titulares exista una relación de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad. Estas actuaciones estarán sujetas al deber de cesión de aprovechamiento correspondiente al 10 por 100 del incremento del valor de los terrenos afectados, una vez concedida la autorización y previamente al inicio de cualquier actuación, cesión que, evidentemente, será en metálico y no en suelo.<sup>17</sup>

## **2. CC.AA. que permiten la construcción de viviendas unifamiliares aisladas *ope legis* y en ausencia de previsión en el planeamiento**

#### A. Aragón

En Aragón, el TRUARA (Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo

---

<sup>16</sup> La superficie mínima de la parcela para construir viviendas aisladas en suelo no urbanizable no será inferior a 10.000 metros cuadrados (menos que en Andalucía, por cierto, como veremos abajo) y deberá utilizarse en el porcentaje que se fije reglamentariamente o por el planeamiento municipal, que no será inferior al 50 por 100, para actividades o usos agrarios, pecuarios o forestales no constructivos.

<sup>17</sup> Como suele ocurrir en estos casos, los servicios tienen que suministrarse mediante autoconsumo o a partir de la acometida de las infraestructuras existentes, sin alterar los valores que han motivado la protección o preservación del suelo no urbanizable y respetando las normas de protección de dicho suelo.

de Aragón) permite, en su art. 34, la autorización de viviendas unifamiliares aisladas en municipios cuyo plan general no prohíba este tipo de construcciones y siempre en lugares donde no exista la posibilidad de formación de núcleo de población, lo que se producirá cuando, dentro del área definida por un círculo de 150 metros de radio con origen en el centro de la edificación proyectada, existan dos o más edificaciones residenciales.

En general, se exige que exista una sola edificación por parcela, que el edificio no rebase los trescientos metros cuadrados de superficie construida, y que la parcela tenga, al menos, 1 ha. de superficie<sup>18</sup> y que queden adscritas a la edificación. Se pide que se mantenga el uso agrario o vinculado al medio natural de las fincas, algo similar a lo que se ha regulado en Andalucía.

### B. Cantabria

La Comunidad cántabra ha escogido un modelo propio. Permite la construcción de viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico común y no vinculadas a actividades agropecuarias en las cercanías de pequeños núcleos de población (entre 5.000 y 10.000 habitantes), a un máximo de 100 metros desde el último suelo urbano del mismo), dentro de unas zonas que la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria denomina “áreas de desarrollo rural” y siempre que el número de viviendas de dicho núcleo de población sea inferior a 250 (art. 86).

Como vemos, la Ley cántabra no permite casas aisladas lejanas de los núcleos urbanos y, por tanto, de forma muy *sui generis* no establece el límite de la posibilidad de que se cree un núcleo de población nuevo. Antes al contrario: la cercanía de estas viviendas aisladas al núcleo de población más bien parece una forma de desarrollo de soluciones residenciales del propio municipio, que la puede usar como alternativa más sostenible que la reclasificación del suelo rústico ordinario en suelo urbanizable mediante planes parciales o actuaciones de transformación urbanística.

### C. La Rioja

Los arts. 51 y 52 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja permiten la construcción de viviendas unifamiliares autónomas, esto es, casas aisladas de exclusivo uso residencial, no vinculado a las labores de explotación económica de la finca, como ocurre igualmente en la regulación andaluza.

Solo se podrán autorizar en suelo rústico ordinario, siempre que se cumplan determinadas condiciones: la típica de que no exista riesgo de formación de núcleo

---

<sup>18</sup> De nuevo, como ocurre también en el caso balear, una superficie bastante menor a la que ahora se exige en Andalucía.

de población<sup>19</sup>; que no se encuentre a una distancia inferior a 150 metros de otra edificación, cualquiera que sea su uso; que la parcela sobre la que se vaya a construir no sea inferior a cinco mil metros cuadrados en suelos de regadío o a veinte mil metros cuadrados en suelos de secano<sup>20</sup>.

En cuanto a su autorización, compete a la Comunidad autónoma el otorgamiento de la autorización para su construcción. Antes de dicha autorización el Ayuntamiento emitirá su informe. Justo lo contrario, en tiempo y forma, de lo que ocurre en el caso andaluz, en que la autorización es municipal y el informe, previo, autonómico.

Y si la solicitud no se ajusta al planeamiento vigente, procederá denegarla directamente sin necesidad de remitirla a la Consejería. Si el planeamiento no se pronuncia sobre la posibilidad de permitir esas casas, nos inclinamos a pensar que la casa es autorizable, pues, en caso contrario, no tendría sentido la regulación en la Ley de Suelo riojana que estamos comentando.

La Ley establece silencio positivo para la solicitud ante la Consejería, siempre que conste la realización del trámite de información pública. No parece muy razonable, teniendo en cuenta que las construcciones no vinculadas en suelo rústico se conciben como usos extraordinarios. Igualmente, el art. 11.4 del TRLS de 2015 establece silencio negativo para las obras de edificación de nueva planta; y habida cuenta de la jurisprudencia del TS de la imposibilidad de adquirir por silencio licencias *contra legem*<sup>21</sup>. Una vez obtenida la autorización autonómica el interesado debe pedir la licencia municipal de obras.

#### D. Comunidad valenciana

Desde su Ley de Suelo no urbanizable de 2004 la Comunidad valenciana permite la construcción de viviendas aisladas en suelo rústico, desvinculadas de usos agropecuarios, mediante licencia municipal, eliminando la autorización previa autonómica, en aras, como decía su Exposición de Motivos, de su autonomía local<sup>22</sup>.

Tras varias modificaciones legislativas, el texto vigente actualmente en esta Comunidad es el Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell, de aprobación

<sup>19</sup> Que se define como la agrupación de edificaciones residenciales, susceptibles de necesitar servicios urbanísticos y dotaciones comunes (art. 2010.2).

<sup>20</sup> En Andalucía, recordemos, el Reglamento de la LISTA ha impuesto una parcela mínima de 2,5 has.

<sup>21</sup> Vid. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 5 julio 2013, RJ\2013\5822, ponente D. José Juan Suay Rincón.

<sup>22</sup> Evidentemente, la autonomía local no debería llegar al extremo, como denuncia CANO MURCIA, de que un ayuntamiento permita en su planeamiento urbanístico casas unifamiliares aisladas en suelo rústico y el vecino no. Por eso era peor la situación inicial de ausencia de regulación de la materia en las normas de suelo autonómicas que la actual, en la que en todas dichas leyes se establece un marco autorizatorio, con requisitos que todos los interesados y municipios deben cumplir. Cfr. CANO MURCIA, A., *El régimen jurídico del suelo no urbanizable o rústico*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 280.

del Texto Refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, en cuyo art. 211 se permite la construcción, en suelo no urbanizable, de vivienda aislada y familiar, con determinados requisitos. Entre ellos, que la finca tenga una cabida mínima de 1 ha., con una superficie ocupada por la edificación que no excederá nunca del 2 % de la superficie de la finca rústica. Igualmente se prohíbe que la vivienda forme núcleo de población conforme a lo establecido en el planeamiento urbanístico, quedando prohibidas las agrupaciones de viviendas en una misma parcela, así como las que tengan características propias de las viviendas colectivas. La autorización es plenamente municipal (art. 215), previo informe autonómico.

### III. LAS VIVIENDAS UNIFAMILIARES AISLADAS EN SUELO RÚSTICO EN LA LISTA COMO CASO TESTIGO DE LA COMPLEJIDAD DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE URBANISMO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

#### 1. La cuestión competencial en la normativa previa del Estado

La Ley de Suelo de 1956 permitía, en su art. 69.1.2<sup>o</sup>b) la autorización de “edificación singular de vivienda unifamiliar”, que no constituyeran núcleos de población.

En la LS de 1976 y el RGU de 1978, la competencia decisora la tenía el Ministerio, y el Informe era competencia municipal. Así, el art. 85.2 permitía la construcción, en suelo urbanizable no programado, de edificios aislados destinados a vivienda familiar, en lugares en los que no existiera posibilidad de formación de un núcleo de población. Justo como ahora permite la LISTA para el suelo rústico. Y su autorización, conforme al art. 43.4 de la misma Ley y al art. 44.2 del RGU, se realizaba por aprobación del Ministro de la Vivienda o por la Comisión Provincial de Urbanismo (dependiendo de la población del municipio en que se iba a realizar la construcción<sup>23</sup>), informe del Ayuntamiento afectado, información pública durante quince días en la capital de la provincia, y aprobación definitiva de los citados órganos estatales.

Si se trataba de edificios destinados a vivienda familiar, los órganos estatales debían valorar, con arreglo a los criterios del Plan General o Normas Subsidiarias y Complementarias del Planeamiento, las circunstancias del caso y si existía o no posibilidad de formación de un nuevo núcleo de población.

El Reglamento de Planeamiento de 1978 exigió (arts. 34 y 36) que el planeamiento incluyese “medidas que impidan la posibilidad de formación de núcleos de

---

<sup>23</sup> El Ministerio cuando se tratare de capitales de provincia o municipios de más de 50.000 habitantes. La Comisión de Urbanismo, en los demás casos.

población definidos por el propio Plan en función de las características del territorio objeto del planeamiento y las que garanticen en todo caso la condición aislada de la edificación, ... y la normativa a que debían sujetarse las construcciones para garantizar su adaptación al ambiente rural y al paisaje en que se sitúen y las medidas que deban adoptarse para preservar los valores naturales del terreno afectado por las construcciones”.

El TR de 1992, en su art. 16.3, mantuvo esta misma óptica, otorgándole al órgano autonómico la autorización de edificios aislados destinados a vivienda familiar, en lugares en los que no existiera posibilidad de formación de un núcleo de población, previo informe del ayuntamiento y trámite de información pública. Posteriormente recaía la licencia de obras también municipal (sistema de doble autorización).

## **2. El TRLS de 2015 permite que las CC.AA. puedan regular la construcción de viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico, no vinculadas a la explotación económica del predio**

Una de las consecuencias de la naturaleza autonómica de la competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio y urbanismo (art. 148.1, 3ª CE) es que será la Comunidad Autónoma la que, dentro de los criterios estatales, regule los usos en suelo rústico, ordenando jurídicamente la autorización de viviendas aisladas.

Sin embargo, los municipios tienen un rol esencial en el desarrollo de la normativa autonómica mediante ordenanzas y el planeamiento urbanístico, así como en su ejecución y en la disciplina posterior a la comisión de posibles infracciones. Su ámbito de actuación no es otro que la «autonomía local» para la gestión de sus propios intereses (art. 137 CE), que no solo debe quedar salvaguardada conforme a lo que indiquen las leyes sectoriales, sino que, en Andalucía, implica la atribución de competencias propias (art. 9.1 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía local de Andalucía) que deben ser respetadas en todo caso.

Veamos ahora la regulación estatal del suelo y cómo afecta al caso que estamos estudiando.

El art. 13.1 del TRLS de 2015, párrafos 1º y 2º, se refiere a los usos ordinarios del suelo en situación rural, teniendo que dedicarse el mismo, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético “o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales”.

Pero el párrafo 3º del art. 13.1 (que tiene su antecedente en la LS de 1976<sup>24</sup>) parece estar remitiendo también a los usos extraordinarios, que pueden ser vinculados o no vinculados:

“con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, actos y usos específicos que sean de interés público o social, que contribuyan a la ordenación y el desarrollo rurales, o que hayan de emplazarse en el medio rural”.

Aquí se está pensando en la explotación económica no agropecuaria de una finca rústica (usos turísticos, industriales o dotacionales, por ejemplo) pero la redacción deja también margen para entender comprendidos en esos usos excepcionales los usos no vinculados, como el residencial unifamiliar aislado<sup>25</sup>.

Y ello porque consideramos que existe un evidente “interés público y/o social” en la construcción de este tipo de residencias unifamiliares aisladas en suelo rústico, por la cantidad de personas interesadas en la tolerancia normativa con los usos residenciales no vinculados, debidamente regulados y limitados. Pero como la suma de muchos intereses particulares no compone, por sí mismo, una finalidad pública, cabría decir también que esa posibilidad contribuiría también a un mayor desarrollo económico de las zonas rurales andaluzas y a satisfacer razonables expectativas recreativas, en el suelo rústico, de la población urbana. Este tipo de construcciones aisladas no vinculadas y de carácter residencial, son, pues, una especie del género que suponen los usos excepcionales por razón de interés público o social<sup>26</sup>. Y, de hecho, la autorización municipal de estas casas se centra en la cualificación de los terrenos, algo que antes, en la LOUA, realizaban las actuaciones de interés público en suelo

---

<sup>24</sup> Ciertamente, las excepciones contenidas en los artículos 85 y 86 de la Ley del Suelo de 1976, a la regla general de inedificabilidad en suelo no urbanizable, han de ser consideradas como situaciones que requieren una interpretación de carácter restrictivo, como ahora hace el art. 13.1, párrafo 3º.

<sup>25</sup> No piensa así GÓMEZ ROSSI: Cfr. GÓMEZ ROSSI, M. J., *Actuaciones urbanísticas autorizables en suelo no urbanizable*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018, p. 226. Sin embargo, no parece cerrar la puerta a eso la jurisprudencia del TC, y la prueba está en las muchas leyes autonómicas de suelo que permiten viviendas aisladas no vinculadas en suelo rústico, con determinados requisitos, nunca recurridas de inconstitucionalidad. Y con elementos distintos, como temporalidad en algunas CC.AA. y sin plazo en otras (ahora Andalucía, tras la LISTA). A nuestro juicio, aquí no hay vulneración de las condiciones básicas del derecho a la igualdad del art. 149.1. 1ª CE sino una legítima diversidad normativa sobre la base de la competencia exclusiva sobre OT y urbanismo de las CC.AA. como han expresado las SSTC 61/1997, 164/2001 y, más recientemente, la STC 86/2019.

<sup>26</sup> Así lo proclaman los tribunales: STSJ de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 2 de febrero de 2001, JUR\2001\160307, ponente D. Dmitry T. Berberoff Ayuda, Fdto. Jco. 5º: “Sin embargo, podrán autorizarse, siguiendo el procedimiento previsto en este artículo, edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social que haya: de emplazarse en el medio rural, así como edificios aislados destinados a vivienda familiar en los que no exista la posibilidad de formación de un núcleo de población.”.

no urbanizable<sup>27</sup>. No es casual tampoco (y habla de la relación entre estas viviendas aisladas y las declaraciones de utilidad pública o interés social) que el particular que, en Andalucía, solicite autorización para la construcción de su vivienda unifamiliar aislada en suelo rústico tenga que presentar un “proyecto de actuación” (arts. 32 y 33 Reglamento de la LISTA), como es propio del procedimiento que la LOUA preveía de autorización de actuaciones de interés público, para actividades de intervención singular de menor calado (las grandes requerían plan especial) con incidencia en la ordenación urbanística, en las que concurren los requisitos de utilidad pública o interés social.

Es cierto que el “interés público o social” es un concepto jurídico indeterminado que, en referencia a los usos permisibles en suelo rústico, se refiere primordialmente a fines no residenciales que se pueden autorizar, como industrias, hoteles, centros comerciales, dotaciones y equipamientos, etc. Pero también cabría incluir dentro de esos intereses, sin hacer violencia al concepto (y cada vez con más naturalidad en el mundo estresado y urbano que nos ha tocado vivir), la autorización de viviendas aisladas de carácter unifamiliar en suelo rústico. Así lo proclaman los Fdts. Jcos. 2º y 4º de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 15 de octubre de 1997, RJ\1997\7492, ponente D. Juan Manuel Sanz Bayón.

Y es que a la labor puramente constructiva, que da empleo en zonas normalmente necesitadas de inversiones, se unirían las sinergias económicas que crearían en pueblos medianos y pequeños el aumento de población, aunque fuera temporal, que

---

<sup>27</sup> La STSJCyL (sede de Burgos), de 16 de diciembre de 2016 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, Ponente: José Matías Alonso Millán), en relación con una solicitud de vivienda unifamiliar aislada, que el propietario vinculaba a una futura planta solar fotovoltaica que quería instalar o, en su defecto, en granja agropecuaria, rechaza la misma, por entender que no se daba en este caso ningún interés público o social. Indicaba la Sala que la exigencia de dicho interés público o social afecta de forma común a todos los usos excepcionales sujetos a autorización, también al residencial. En esta inteligencia, consideraba que no basta para la concesión de la autorización que no exista riesgo de formar un núcleo de población sino que se exige justificar la necesidad del emplazamiento en suelo rústico y acreditar las circunstancias de interés público que aconsejen autorizar ese uso en suelo rústico común. De la documentación presentada y de las fotografías obrantes en el expediente no quedaba justificado que existiera ni una explotación ganadera digna de considerarse de interés público ni un interés en fijar población en el ámbito rural. En parecidos términos se expresó después la STSJCyL (sede de Burgos), de 20 de octubre de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, Ponente: Eusebio Revilla Revilla), en la que la Sala no comprende las circunstancias de interés público que puedan concurrir en esta clase de proyectos de viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico, en los que, en su opinión, en realidad se persigue la construcción de una vivienda de uso exclusivo residencial en un terreno rústico idílico, con un claro interés particular, ajeno a las circunstancias de interés público que justificarían el otorgamiento de una autorización de uso excepcional.

Hay que recordar, para mejor enmarcar estos pronunciamientos, que las leyes urbanísticas castellano-leonesas exigen una vinculación de las residencias aisladas unifamiliares en el campo con alguna explotación económica local, algo que ahora no exige la LISTA, por lo que el requisito de interés público o social no habrá que probarlo en el caso andaluz.

esas viviendas propiciaría, generando un desarrollo rural inequívoco, por su mero emplazamiento. Así, son varios también los beneficios de “interés público” que se derivarían de esta posibilidad ya que, si los campos estuvieran más habitados, aunque fuera a temporadas, parece razonable pensar que sus ocupantes se preocuparían por limpiar la maleza acumulada, tan peligrosa para los incendios; ayudarían a disuadir la caza furtiva; invertirían en la mejora y mantenimiento de los caminos, cañadas y veredas que dan acceso a sus fincas; reducirían la demanda energética, en la medida en que muchos se mudarían y empadronarían en sus nuevas casas, dejando de consumir electricidad en red, que sustituirían por autoconsumo y “prosumo” solar, etc.

El carácter excepcional de estos usos residenciales en suelo rústico que exige el TRLS es razonable, y por eso las CC.AA. establecen una serie de condiciones que no son fáciles de cumplir. A fin de cuentas se trata de construcciones en suelo rústico, que deben constituir siempre usos extraordinarios (no ordinarios) en este tipo de suelo. Bien es verdad que, por definición, el suelo rústico ordinario en la LISTA es aquél que no está protegido por la legislación sectorial ni tampoco es preservado de su urbanización y edificación por el planeamiento territorial y urbanístico (art. 14.1), porque carece de los valores naturales que, en otro caso, demandarían dicha protección. Pero es que la LISTA no limita este tipo de residencias aisladas a suelo rústico ordinario, cabiendo también, en principio, en el preservado y el protegido, conforme a lo que diga la normativa sectorial y el planeamiento de OT y urbanístico.

Pero, además, ese “carácter excepcional” aboga por la existencia de unas condiciones suficientemente duras y estrictas que, en la práctica, suponga que no sean muchas las construcciones residenciales no vinculadas que se puedan autorizar.

### **3. El Tribunal Constitucional también ha validado esa posibilidad**

La decisión de la LISTA de permitir viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico, recogida en su art. 22.2, párr. 2º, es coherente también con la jurisprudencia del TC.

En su STC 164/2001, que enjuició la Ley del Suelo de 1998, expresó que los regímenes especiales de protección del suelo rústico los puede establecer también una Comunidad Autónoma. Por ende, pueden también las CC.AA. bajar el nivel de protección de ese tipo de suelo. Dijo allí también que la regulación de usos por una Comunidad Autónoma (materialmente competente) no habrá de limitarse a la fijación de los «límites» de aquellos usos, sino que abarcará la definición misma de los usos o aprovechamientos del suelo no urbanizable. Y también que puede el Estado agregar determinación de valor económico al suelo no urbanizable cuando en ese suelo se autoricen actuaciones de interés público, sobre la base del art. 149.1, 1ª CE.

Sigue la Sentencia indicando que la incompatibilidad con la transformación (art. 9.1 LRSV) no la define la propia Ley, sino que provendrá de los "regímenes especiales de protección" establecidos por la legislación sectorial o el planeamiento territorial. En este sentido debe entenderse que la enumeración de valores y fines del art. 9.1 LRSV sólo tiene carácter ejemplificativo» (Fdto. Jco. 14<sup>o</sup>), pudiendo la Comunidad Autónoma añadir otros valores dignos de protección que sirvan para proteger el suelo clasificado rústico o no urbanizable.

Por ello, la competencia autonómica sobre suelo rústico no solo será de carácter «negativo», es decir, de prohibición de usos en ese tipo de suelos sino también «positiva», de definición de usos o aprovechamientos permitidos en suelo no urbanizable:

«La fijación de los concretos usos (forestales, agropecuarios, cinegéticos o de utilización de recursos naturales) para las distintas fincas vendrá establecido por el Estado o las Comunidades Autónomas de acuerdo con el orden constitucional de competencias. En consecuencia, la regulación de usos por una Comunidad Autónoma (materialmente competente) no habrá de limitarse a la fijación de los "límites" de aquellos usos sino que abarcará la definición misma de los usos o aprovechamientos del suelo no urbanizable.» (Fdto. Jco. 31<sup>o</sup>)

Añadió también el TC que, dentro de los dos criterios estatales para declarar suelo no urbanizable (recogidos en aquel entonces en el art. 9 LRSV, incompatibilidad e inadecuación), cabe un amplio margen autonómico. Lo que le permitiría a las CC.AA. que lo deseen autorizar viviendas unifamiliares aisladas<sup>28</sup>.

Y en su Fdto. Jco. 32<sup>o</sup> permite otros usos en suelo rústico común, que puede englobar la vivienda aislada<sup>29</sup>. Conforme a esta Sentencia, RUIZ ARNÁIZ<sup>30</sup> considera la vivienda aislada desvinculada del sector primario se puede incluir entre los usos constructivos menores que el artículo 20.1 LRSV permitía en suelo rústico común.

---

<sup>28</sup> También MARTÍN VALDIVIA considera que las CC.AA. vieron confirmadas con esta STC 164/2001 su capacidad de establecer el régimen jurídico de la compatibilidad del suelo rústico con la transformación urbanística, por lo que, en su opinión, tras el Fdto. Jco. 32<sup>o</sup> de dicha Sentencia, "parece cerrado así el debate acerca de la posible inconstitucionalidad de esa regulación autonómica respecto de los usos permitidos en suelo rústico". Cfr. MARTÍN VALDIVIA, S. M<sup>a</sup>., (2022: 70).

<sup>29</sup> "El art. 20.1, párrafo 2, LRSV tan sólo se refiere al suelo no urbanizable ordinario (esto es, el que se acomoda al criterio de clasificación del art. 9.2 LRSV) y no al suelo no urbanizable de especial protección (aquél en que concurren las circunstancias del art. 9.1 LRSV: valores históricos, paisajísticos, ambientales, etc.). Para esta subclase de suelo no urbanizable (común, ordinario o general) admite el art. 20.1, párrafo 2, LRSV ciertos usos constructivos excepcionales: aquéllos que sirven a actuaciones específicas de interés público. La expresa previsión de aquellos usos excepcionales no impide la existencia de otros usos constructivos menores que, por ser conformes "con la naturaleza de los terrenos" integren, de acuerdo con el art. 20.1, párrafo 1, LRSV, y en los términos que determinen las distintas legislaciones autonómicas, las facultades urbanísticas de los propietarios de suelo no urbanizable común."

<sup>30</sup> Cfr. RUIZ ARNÁIZ, G., (2006: 461).

Algo que no será automático, sino que puede considerarse un uso excepcional o extraordinario, conforme a los requisitos y procedimientos establecidos por las CC.AA.

Lo mismo había dicho antes el TC en su STC 61/1997 (Fdto. Jco. 15º, a), cuando aclaró que el Estado puede establecer tipos de suelo, pero no tiene competencia para establecer todos los criterios por los que un suelo se clasificaba de una u otra forma, siendo también ésa una competencia autonómica. Salvando los criterios de incompatibilidad e inadecuación, a las CC.AA. les queda un importante espacio de regulación para conferir posibilidades concretas de uso para cada clase y subcategoría de suelo, que es justamente lo que propone el art. 22 de la LISTA<sup>31</sup>.

Y lo mismo ha declarado el TC en el Fdto. Jco. 5º de su STC 86/2019, de 20 de junio, cuando, en relación con el art. 35 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios naturales protegidos de Canarias (que establecía la delimitación y ordenación del suelo rústico de asentamiento), expresa que la competencia de determinación del suelo rústico es autonómica, aunque enmarcada dentro de las directrices de uso del suelo previstas en el art. 13 TRLS de 2015, del Estado<sup>32</sup>, precepto que tolera ese tipo de usos.

#### **4. ¿Pacto Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía para permitir las viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico?**

La LISTA fue aprobada con un amplio consenso, ya que contó con los votos favorables de PP, Ciudadanos y Vox, y la abstención del PSOE. Posteriormente, el

<sup>31</sup> Cfr. MARTÍN VALDIVIA, S. M<sup>a</sup>. (2022: 73).

<sup>32</sup> “Por ello, los números 13 y 23 del art. 149.1 CE amparan también la concreción del principio de desarrollo sostenible en objetivos, pautas y criterios generales, tal y como lleva a cabo el art. 2.2 [equivalente del vigente art. 3.2] [...] Desde esos títulos competenciales, el Estado no puede imponer un determinado modelo territorial o urbanístico a las comunidades autónomas, pero sí incidir o encauzar el mismo mediante directrices y normas básicas que éstas han de respetar. Dentro de esos parámetros, las comunidades autónomas pueden, claro está, optar por el modelo concreto de ordenación territorial y urbanística que estimen más pertinente» [STC 141/2014, FJ 6 B]; y en el mismo sentido, STC 75/2018, de 5 de julio, FJ 4].”... “El artículo 13.1 TRLSRU dispone que la utilización de los terrenos en situación rural se hará de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, «al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales»; y excepcionalmente, de acuerdo también con la legislación territorial y urbanística, «podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social, que contribuyan a la ordenación y el desarrollo rurales, o que hayan de emplazarse en el medio rural.»... “A estos efectos, debe considerarse que esta norma, siquiera desde una vertiente negativa, incluye condiciones básicas en el ámbito del derecho de la propiedad del suelo [STC 141/2014, FJ 5 B]”.... “De acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, no cabe apreciar que el artículo 35 de la Ley del suelo y de los espacios naturales protegidos de Canarias, al delimitar y ordenar los asentamientos de población en suelo rústico entre en colisión con la legislación básica estatal, ni infrinja, por ello, el título competencial del artículo 149.1.23 CE, al no disminuir el nivel de protección ambiental establecido con carácter común para todo el territorio estatal.”.

Gobierno estatal del PSOE y el autonómico del PP llegaron a un pacto para evitar un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley, que se plasmó en la Resolución de 31 de agosto de 2022, de la Secretaría General de Coordinación Territorial, por la que se publica el Acuerdo de 16 de agosto de 2022, de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con la Ley 7/2021. Ese pacto supuso la modificación de 42 artículos de la LISTA mediante el Decreto-ley 11/2022, de 29 de noviembre.

Pues bien, es significativo y revelador saber que en ese pacto no fue incluido art. 22.2 párr. 2º de la LISTA, que permite la construcción de viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico. *Excusatio non petita...* Parece que Moncloa tenía claro que esa competencia es autonómica y local y perfectamente constitucional y que quedaba suficientemente acotada en la Ley y en el borrador de su Reglamento de desarrollo que se manejó en las reuniones conjuntas.

Sin embargo, la Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, Grupo Parlamentario Republicano, Grupo Parlamentario Plural y Grupo Mixto planteó recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley, que ha sido admitido por el TC. Y entre los artículos dudosos de inconstitucionalidad que denuncia se encuentra el art 22.2 y la posibilidad de construcción de viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico<sup>33</sup>.

No nos parece que la regulación de la LISTA en este punto sea inconstitucional. Sí es discutible que no se prohíban expresamente los usos residenciales unifamiliares aislados en suelo rústico de especial protección<sup>34</sup>, pues, como nos recuerda MARTÍN VALDIVIA, con la LISTA se permiten todos los usos extraordinarios en cualquier clase de suelo rústico (también el rústico preservado y el protegido), incluidas las viviendas unifamiliares aisladas no vinculadas<sup>35</sup>. En su opinión, no es el legislador del suelo andaluz el que debe establecer una prohibición de entrada de

<sup>33</sup> El recurso se dirige, sobre todo, contra la consideración, entre los usos ordinarios del suelo rústico, de proyectos de minería y de energía renovable. Pero también contra los usos extraordinarios en suelo rústico, las declaraciones de interés autonómico, los actos no sujetos a licencia y determinados aspectos de la disciplina urbanística.

<sup>34</sup> La jurisprudencia ha considerado que cuando en el suelo rústico se concitan los valores ambientales recogidos en el art. 13.1 del TRLS de 2015 y recogidos en la legislación de protección específica esa protección desactiva la posibilidad de construir viviendas aisladas unifamiliares, aunque la Ley autonómica (aquí, la cántabra) lo permita. Véase STSJ de 27 de febrero de 2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, Ponente: Clara Penin Alegre), en la que, a pesar de ello, finalmente se concede autorización para la construcción de la casa porque la Administración cántabra no pudo probar la exigencia de valores ambientales de especial protección en el municipio de Azoños.

<sup>35</sup> “Abrir esta espita no daña el medio ambiente y por el contrario supondría una actividad económica que inyectaría fondos en el medio rural cuando éste ha de encontrar actividades que suplan la otrora actividad primaria agrícola”. Cfr. JORDANO FRAGA, J., *La reclasificación del suelo no urbanizable*, Mono-

esos usos extraordinarios en suelos rústicos de especial protección, sino el legislador ordinario el planeamiento territorial y/o urbanístico, conforme expresó el TC.

Aun así, nos parece más correcto que hubiesen quedado delimitados a suelos rústicos de carácter común u ordinario.

## **5. La necesidad de doble autorización (autonómica y local) de las viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico**

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (véase, por todas, la STS de 3 de noviembre de 1999, Sala 3ª, Sección 5ª, RJ 1999\8480, ponente D. Juan Manuel Sanz Bayón, que, aunque referida a Ley del Suelo de 1976 es aplicable al Texto Refundido de 1992 y también al actual TRLS y a las leyes de suelo autonómicas), ha mantenido que toda construcción sobre suelo no urbanizable de edificios aislados destinados a vivienda unifamiliar está sujeta a la obtención de dos actos autorizatorios<sup>36</sup>:

- uno previo de la Comunidad Autónoma, justificado por la escala supralocal de los intereses en juego<sup>37</sup>, por la competencia autonómica sobre suelo no urbaniza-

---

grafía asociada a la Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación, n.º 21, Thomson-Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 373.

<sup>36</sup> Véase Fdto. Jco. 3º de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 27 noviembre de 1991, RJ\1991\9382, ponente D. Miguel Pastor López. Y también Fdto. Jco. 3º de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 24 diciembre de 1996, RJ\1996\9541, ponente D. Jaime Barrio Iglesias: “Saliendo al paso de las argumentaciones de la parte demandada, hoy apelada, han de hacerse las siguientes puntualizaciones: a) que en el ejercicio de la potestad autorizatoria no se encuentra el órgano que la tiene atribuida ante un problema que tenga que tratarse desde una óptica restrictiva, sino ante uno que debe resolverse en estrictos términos de legalidad, y tampoco ante una potestad discrecional que permita garantizar los principios que inspiran el sometimiento de un suelo al régimen preservador de urbanizar lo propio del no urbanizable, siendo tal potestad ejercitable con sumisión a la Ley previa la dilucidación de los conceptos jurídicos, en cuanto sean indeterminados, de «utilidad pública», «interés social», «emplazamiento en el medio rural» o «posibilidad de formación de núcleo de población»; b) que en lo que se refiere a este último, «posibilidad de formación de un núcleo de población», en modo alguno puede afirmarse que en todos los casos sea un concepto jurídico indeterminado, puesto que en aquellos en que un Plan de Ordenación o unas Normas Subsidiarias lo hayan delimitado conforme a lo previsto en los artículos 36, b), 92, c) y 93, c) del Reglamento de Planeamiento Urbanístico (RCL 1978\1965y ApNDL 13921) deja de serlo, subsistiendo sólo como tal en los supuestos de no delimitación por el planeamiento, sea Plan General o Normas Subsidiarias; c) que conforme se desprende del artículo 44.2.4 del Reglamento de Disciplina Urbanística, en la resolución del procedimiento autorizatorio, el órgano competente, tratándose de edificios destinados a vivienda familiar, las circunstancias en base a las cuales pueda considerarse que no existe posibilidad de formación de un núcleo de población, habrán de valorarse, en su caso, con arreglo a los criterios del Plan General o Normas Subsidiarias y Complementarias del Planeamiento y d) que la cuestión referente a la existencia de una parcelación ilegal queda fuera del ámbito propio de la autorización que nos ocupa, siendo otros los medios de reaccionar ante ella de existir.” También la SSTS de 25 junio 1991 (RJ 1991\5268), con cita de las de 19 febrero y 6 marzo de ese año (RJ 1991\962yRJ 1991\1979).

<sup>37</sup> Vid. STC 32/1981, de 28 de julio, Fdto. Jco. 4º: Es necesario destacar que ya la más temprana jurisprudencia de este Tribunal relativa a la garantía constitucional de la autonomía local declaró que esta garantía «ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos pro-

ble (que es más concreta y preferente a la competencia básica del Estado sobre medio ambiente, referido a este tipo de suelos<sup>38</sup>) y por la competencia autonómica sobre ordenación del territorio<sup>39</sup>,

- y otro municipal, la licencia urbanística o de obra, que puede venir precedida de una autorización también municipal para los usos extraordinarios.

La primera de dichas autorizaciones tiene por objeto la valoración y comprobación de si existe o no peligro o posibilidad de formación de un núcleo de población. Si el contenido de ese acto fuera negativo, en el sentido de estimarse real ese peligro, esa decisión autonómica tiene carácter vinculante para el Ayuntamiento que ha de tramitar el expediente de licencia de obras, como segundo acto autorizatorio, debiendo también denegarla.

Si, por el contrario, no se apreciase riesgo de formación de un nuevo núcleo urbano en el primer acto autorizatorio, el órgano municipal habrá de valorar a su vez, en el expediente al efecto, sobre las otras determinaciones urbanísticas, que ha-

---

pios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias», luego confirmada también por la por la STC 51/2004 de 13 abril, Fdto. Jco. 12º, y por la STC 240/2006 de 20 julio, Fdto. Jco. 12º.

<sup>38</sup> El Antecedente 25º de la STC 61/1997, al analizar si el régimen jurídico del suelo no urbanizable es competencia básica del Estado por la vía del art. 149.1, 23ª CE o de la Comunidad Autónoma por la vía del art 148.3º CE (competencia exclusiva autonómica sobre urbanismo y ordenación del territorio) se decanta por esta última: “Se trataría, por lo tanto, de un supuesto de competencias concurrentes, acerca del cual el criterio jurisprudencial del Tribunal obliga a decantarse en favor de la competencia autonómica como más específica y como la inspiradora de la razón o finalidad de la norma (SSTC 88/1986 y 252/1988 , entre otras)”. El TC ha dejado claro varias veces que la clasificación del suelo y la asignación de usos a las distintas clases de suelo es competencia urbanística, por tanto, autonómica (SSTC 13/1998 y 164/2001).

<sup>39</sup> El art. 56.5 del Estatuto de Autonomía para Andalucía le otorga a la Comunidad la competencia exclusiva sobre ordenación del territorio, dentro de la cual se incluyen “las previsiones sobre emplazamientos de infraestructuras y equipamientos, la promoción del equilibrio territorial y la adecuada protección ambiental”, dentro de la cual cabría insertar las autorizaciones de la Consejería para la construcción, en suelo rústico, de viviendas unifamiliares aisladas. Y la competencia normativa de la CAA, conforme al art. 22 de la LISTA, para permitir, *ope legis*, la construcción de dichas viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico, le viene de su competencia exclusiva en materia de urbanismo, en concreto, la referida en el art. 56.3 EAA, sobre “régimen de la intervención administrativa en la edificación, la urbanización y el uso del suelo y el subsuelo”. La competencia autonómica sobre urbanismo, que es exclusiva de la Comunidad Autónoma, incluye, pues, “la potestad legislativa, reglamentaria y la función ejecutiva”, teniendo “vocación de plenitud, es decir, que es integral” (Antecedente 10º de la STC 61/1997, de 20 marzo). Además, conforme al Fdto. Jco. 13º de la citada STC, “la regulación, asimismo, de las condiciones de adquisición del derecho (a edificar) del que se trata debe entenderse competencia autonómica”, glosando el art. 20 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo. La competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas sobre urbanismo y ordenación del territorio tiene también por objeto “la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o el espacio físico territorial” (STC 77/1987), y opera necesariamente sobre la propiedad del suelo, configurando el concepto de “propiedad urbanística.

gan o no viable la edificación de que se trate, no quedando entonces vinculado por la decisión autonómica.

La LISTA sigue también la jurisprudencia del TS sobre la necesidad de esa doble autorización, pero remite la autorización autonómica a un informe preceptivo, aunque solo en los casos en que el municipio considere que afecta a las competencias autonómicas, y vinculante. La jurisprudencia del TC permite que las CC.AA. puedan usar los instrumentos de control urbanísticos que estimen necesario: aquí, la CAA ha optado por plasmar la competencia autorizatoria autonómica en un informe, en lugar de la clásica autorización<sup>40</sup>, algo que también hacen las CC.AA. de Aragón y Valencia.

Así, la LISTA entrelaza el juego de las competencias autonómica y local otorgándole la autorización de este tipo de viviendas en suelo rústico a los ayuntamientos andaluces, pero le da a la Junta de Andalucía la competencia para emitir un informe, si, a juicio del Ayuntamiento, la vivienda tiene impacto supralocal. Ese informe, cuando el Ayuntamiento decida pedírselo a la Junta de Andalucía (Consejería de Fomento y Vivienda) será vinculante para el municipio y recaerá en el procedimiento con carácter previo a la autorización municipal.

Puede darse el caso de que el ayuntamiento considerase que, para un caso concreto, no debe pedir el informe autonómico y la Consejería estimase lo contrario (por entender que la construcción concreta afecta a los intereses supralocales). En ese caso la Consejería, siempre que no haya recaído autorización municipal, podrá pedir al ayuntamiento que la deniegue. Si la autorización ya se hubiera producido, la Consejería podrá enviarle al ayuntamiento el requerimiento en vía administrativa recogido en el art. 44 de la LJCA (y art. 60 LRBRL), y si éste no es atendido, podrá demandarle en vía contencioso-administrativa.

Como sabemos, los intereses supralocales determinan la competencia decisoria del asunto por parte de las CC.AA. y esto no vulnera la autonomía local (STC 152/2016, de 22 de septiembre, Fdtos. Jcos. 4º y 6º).

---

<sup>40</sup> Fdto. Jco. 24º STC 61/1997: “No obstante, y en coherencia con cuanto se ha venido afirmando, ha de subrayarse que el Estado no puede imponer los medios o instrumentos urbanísticos en que puedan articularse las condiciones básicas de ejercicio del derecho y del cumplimiento del deber a que se refiere el art. 149.1.1º CE (áreas de reparto; sistemas generales adscritos; carácter indisponible de las áreas; etc.). Medios o instrumentos que pertenecen a la libre opción del legislador autonómico en materia urbanística, por más que, en determinados supuestos, puedan considerarse como una consecuencia casi necesaria de la concepción del derecho de propiedad subyacente a aquellas condiciones básicas. Pero la definición del régimen jurídico de tales técnicas e instrumentos que, desde luego admite configuraciones diversas, forma parte, pues, de la competencia autonómica en materia urbanística”.

#### IV. CONDICIONES EXIGIDAS EN ANDALUCÍA A LOS USOS RESIDENCIALES EN SUELO RÚSTICO

##### 1. Condiciones generales

La LISTA establece una serie de condiciones, de lo general a lo particular, para las construcciones en suelo rústico.

Para empezar, el art. 20 de la Ley impone a los actos de edificación, construcción, obras, instalaciones e infraestructuras en suelo rústico cumplir con tres condiciones generales de carácter acumulativo:

- deberán ser compatibles con el régimen del suelo rústico, con la ordenación territorial y urbanística y con la legislación y planificación sectorial que le resulte de aplicación. Esto es, no deberán ser incompatibles con la misma.

- no podrán inducir a la formación de nuevos asentamientos («núcleo de población», se decía antes);

- quedarán vinculadas al uso al que se destinan dichas construcciones, ser proporcionadas al mismo, adecuadas al entorno rural en que se ubican, integrarse en su paisaje<sup>41</sup> y optimizar lo ya edificado;

A esto se debe añadir que no deben impedir tampoco el normal desarrollo de los usos ordinarios del suelo rústico (art. 22.2 LISTA).

##### 2. Usos residenciales en suelo rústico

Las construcciones o edificaciones en suelo rústico con uso residencial pueden ser actuaciones ordinarias o extraordinarias.

Constituyen usos **ordinarios** las viviendas que sean necesarias para dar apoyo al desarrollo de los usos ordinarios del suelo rústico, como pueden ser los aloja-

---

<sup>41</sup> A este respecto, el art. 26 del Reglamento exige que las edificaciones se realicen con las condiciones de tipología y de estética características del suelo rústico donde se ubican y que presenten sus fachadas y cubiertas terminadas, respetando las determinaciones de integración paisajística que para las mismas se establezcan en los instrumentos de ordenación territorial y urbanística. Y queda prohibida la ejecución de muros de cerramiento con elementos ciegos que limiten el campo visual o produzcan la ruptura de la armonía o desfiguración del paisaje. Sobre la adaptación al ambiente, véase SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., *La protección de la estética en el derecho urbanístico a través del principio de adaptación al ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Evidentemente, la estética de estas casas debe alejarse de la propia de los suelos urbanos, y deberá prohibirse la colocación de carteles, anuncios o vallas publicitarias, armonizando con las construcciones del entorno inmediato y usando las técnicas constructivas tradicionales de las zonas donde se ubican.

mientos para temporeros<sup>42</sup> o para usos de vigilancia y gestión de la actividad (art. 21 LISTA y 29 del Reglamento)<sup>43</sup>.

Para justificar la necesidad de implantación de una vivienda vinculada al desarrollo de los usos ordinarios del suelo rústico, a los efectos del artículo 21.2.b) de la Ley, se tendrá que verificar, en primer lugar, que la casa se inscribe en una parcela rústica con cabida superior a la unidad mínima de cultivo, conforme a las dimensiones que establezcan los instrumentos de ordenación<sup>44</sup>.

Ambos tipos de vivienda (para temporeros y para usos de vigilancia o gestión de la actividad) deben cumplir con determinados requisitos. A saber:

- la vivienda debe localizarse en la misma finca en que se produzca la explotación agrícola, ganadera, forestal o de otros recursos naturales;

- se debe demostrar por parte del interesado que es necesaria para la actividad que se desarrolla en la misma (para no constituir en realidad una segunda vivienda, de recreo, encubierta);

- la actividad de explotación de la finca debe ser real, es decir, tener carácter de una unidad técnica, económica y empresarial por sí misma, o formar parte de un grupo de empresas, de una cooperativa u de otras formas de gestión empresarial de similar naturaleza;

- la ejecución de la vivienda debe ser una inversión económicamente viable y amortizable en un determinado plazo en relación con los ingresos que genera la explotación<sup>45</sup>.

Si además la vivienda es para usos de vigilancia o gestión, ésta debe ser la vivienda habitual de sus ocupantes, no una segunda vivienda.

---

<sup>42</sup> Pero cabría pensar también en otros alojamientos, de personas dedicadas a actividades vinculadas, esto es, ganaderas (esquiladores o pastores), forestales (recolectores de aprovechamientos silvícolas), cinegéticas (cazadores), mineras (casas de mineros, temporales o permanentes), relacionadas con el aprovechamiento hidráulico (pescadores), de técnicos o guardas de instalaciones de energías renovables, o de alojamiento de albañiles que vayan a ejecutar infraestructuras, instalaciones y servicios técnicos que necesariamente deban discurrir o localizarse en esta clase de suelo (art. 21.2, b LISTA).

<sup>43</sup> Que la vivienda se destina a la residencia habitual de sus ocupantes y se justifica en funciones de vigilancia, asistencia, gestión o control necesarias para el desarrollo de las actividades de la explotación.

<sup>44</sup> Al respecto, véase la Resolución de 4 de noviembre de 1996, de la Dirección General de Desarrollo Rural y Actuaciones Estructurales, por la que se determinan provisionalmente las unidades mínimas de cultivo en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Andaluza (BOJA de 26 de noviembre).

<sup>45</sup> A nuestro juicio, huelgan este tipo de condicionamientos económicos, que pueden afectar el contenido esencial de la libertad de empresa, y que se compadecen mal con el riesgo y ventura propios de las actividades económicas privadas.

Además, si la vivienda se destina a alojamiento de temporeros, debe cumplir tres condiciones más, que se añadirían a las antes mencionadas (art. 29.2 del Reglamento):

- la necesidad del alojamiento residencial debe estar acompañada a los ciclos agrícolas, al volumen de producción y a la imposibilidad de atender la demanda prevista en las edificaciones existentes en la explotación;

- sólo podrán considerarse como actuación ordinaria cuando tengan un carácter de alojamiento transitorio o temporal (es decir, serán de carácter extraordinario cuando se trate de un alojamiento permanente, lo que excluye, de suyo, el uso de alojamiento para temporeros) y se destine al servicio de la explotación agrícola que justifica su implantación. Por la misma lógica tendrán la consideración de actuación extraordinaria aquellos alojamientos previstos para un conjunto de explotaciones o cuando el número de trabajadores previsto sea superior a 16 o cuando dichos alojamientos se destinen a otros usos fuera de la temporada agrícola;

- el ayuntamiento, antes de autorizar estos alojamientos de temporeros como uso ordinario deberá acreditar que no dispone de solares dotacionales en suelo urbano donde sea compatible el uso de alojamiento de naturaleza rotatoria, siendo, por tanto, la solución habitacional en la finca una solución subsidiaria;

- la licencia de este tipo de edificaciones reguladas quedará condicionada a que el promotor acredite la puesta en servicio de la explotación que la justifica, de forma previa o simultánea a la ejecución de las obras autorizadas, así como al compromiso de mantener la vinculación entre la edificación y la explotación que deberá mantenerse en las transmisiones que se realicen.

- deberá ser objeto de nota marginal en el Registro de la Propiedad, conforme a lo previsto en la Ley estatal de suelo, la vinculación entre las edificaciones residenciales y los usos ordinarios del suelo rústico que justifican su autorización. A estos efectos, la anotación indicará la indivisibilidad de las edificaciones y las concretas limitaciones de uso impuestas por el título habilitante.

Estas actuaciones residenciales ordinarias valorarán las alternativas para su localización en suelo rústico atendiendo a los criterios de: menor impacto sobre el medio ambiente, el paisaje y el patrimonio histórico; funcionalidad y eficiencia; menor coste de ejecución y mantenimiento.

Constituyen usos **extraordinarios** dos tipos de actuaciones residenciales en este tipo de suelo (arts. 22 1 y 2 LISTA y 30 del Reglamento).

En primer lugar, las edificaciones destinadas a uso residencial vinculadas a equipamientos de usos industriales, terciarios o turísticos, debiendo garantizarse la

proporcionalidad y su relación con esos usos; aunque no se diga expresamente aquí, deberán cumplir la condición general de no inducir a la formación de nuevos asentamientos, ya indicada, y recogida en el art. 20 LISTA.

Estos usos y actuaciones han de tener interés público o social, de forma que contribuyan a la ordenación y el desarrollo del medio rural<sup>46</sup> y han de emplazarse en suelo rústico de forma extraordinaria por resultar incompatible su localización en suelo urbano.

Con carácter general, para estos casos podrá autorizarse una vivienda por actuación cuando sea necesaria para su desarrollo económico y se justifique en funciones de vigilancia, asistencia, gestión o control. Excepcionalmente, podrá autorizarse un número mayor para las actuaciones que motiven una necesidad diferente y cumplan igualmente con las siguientes condiciones. Igual que en las actuaciones ordinarias, la vivienda y la actuación extraordinaria han de desarrollarse en la misma finca y la ejecución de la vivienda ha de suponer una inversión económicamente viable y amortizable en un determinado plazo en relación con los ingresos que genera la actuación, así como mantenerse la vinculación entre la vivienda y la actuación extraordinaria.

En segundo lugar, y como una *species sui generis* del género anterior, como vimos arriba (ya que estas construcciones obedecen también a un interés público o social y contribuyen a la ordenación y el desarrollo del medio rural, ex art. 23.1 LISTA), se encuentran las viviendas unifamiliares aisladas y no vinculadas a la explotación económica de la finca, siempre que no induzcan a la formación de nuevos asentamientos ni impidan el normal desarrollo de los usos ordinarios del suelo rústico. De éstas trataremos ahora.

---

<sup>46</sup> El art. 30.2 del Reglamento da más pistas sobre este tipo de usos:

a) Los promovidas por las Administraciones Públicas en ejercicio de sus competencias, las establecidas en los instrumentos de ordenación territorial y las declaradas de Interés Autonómico.

b) Las declaradas de interés público o social mediante acuerdo municipal que fundamente alguna de las siguientes circunstancias: 1º. Que se trate de dotaciones no previstas en los instrumentos de ordenación territorial o urbanística y que sea necesaria o conveniente su localización en suelo rústico. 2º. Que se considere de carácter estratégico para el desarrollo económico y social del municipio o que genere efectos positivos y duraderos sobre la economía y empleo local. 3º. Que contribuya a la conservación y puesta en valor del patrimonio histórico mediante la implantación de usos que permitan su mantenimiento, conservación y rehabilitación. 4º. Que contribuya a conservar y proteger los espacios naturales, a su disfrute por la población o a su conocimiento y difusión. 5º. Que contribuya a diversificar la economía local de una forma sostenible basada en la economía verde y circular o a evitar el despoblamiento de las zonas rurales.

Por el contrario, serán usos y actuaciones incompatibles con el medio urbano los que supongan el desarrollo de actividades nocivas, insalubres, molestas o peligrosas para la población y los que así se consideren en la normativa de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística.

### 3. Requisitos específicos de las viviendas que sean actuaciones extraordinarias

El art. 22.1 establece dos requisitos que son aplicables a las viviendas unifamiliares residenciales en suelo rústico:

- que no estén expresamente prohibidas por la legislación o por la ordenación territorial y urbanística, y

- que respeten el régimen de protección que, en su caso, les sea de aplicación;

Y, evidentemente, también se deben cumplir los requisitos *stricto sensu* del art. 22.2: que no induzcan a la formación de nuevos asentamientos; y que no impidan el normal desarrollo de los usos ordinarios del suelo rústico, como se dijo arriba.

### 4. El requisito de no poder inducir a la formación de nuevos asentamientos

Lo desarrollaremos más abajo, cuando hablemos del informe autonómico a otorgar por la Consejería de urbanismo y ordenación del territorio.

### 5. Requisitos específicos de las viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico

El art. 31 del Reglamento ha establecido el condicionamiento fino final que determinará quién puede construir una vivienda unifamiliar aislada en suelo rústico.

- debe construirse en una parcela que tenga una cabida mínima de 2,5 has.<sup>47</sup>;

- la casa podrá tener 2 plantas como máximo;

- un máximo del 1% de la superficie de la finca puede estar destinado a vivienda;

- la casa debe caber completa en un radio de 50 metros (lo que supone un máximo de 100m de longitud);

- debe construirse a un mínimo de 25 metros del lindero más cercano;

- y a 100 metros mínimo de otra casa<sup>48</sup>;

---

<sup>47</sup> Nos parece una superficie más que suficiente, teniendo en cuenta lo que establecen otras CC.AA. Evidentemente, se trata de buscar un equilibrio entre medio ambiente y desarrollo. En el marco de estas regulaciones, una superficie de parcela mayor garantiza un menor impacto ambiental y menor riesgo de constitución de un nuevo núcleo de población.

<sup>48</sup> Esta fijación de radios de exclusión es muy propia de las Normas subsidiarias de planeamiento provinciales, como ocurre en las castellano-leonesas analizadas por DE SANTIAGO RODRÍGUEZ, E. y GONZÁLEZ GARCÍA, I., “Condiciones de la edificación de vivienda aislada en suelo no urbanizable. Estudio de su regulación normativa” en CIUR (Cuadernos de investigación urbanística) n.º. 120, sept.-oct. de 2018, p. 41 y ss. Ciertamente este requisito es habitual también la normativa de otras CC.AA.: en Aragón,

- debe permitir los usos ordinarios en la finca (y permitir la construcción de edificaciones que den servicio a esos usos) y en las vecinas;
- los suministros deberán realizarse mediante autoconsumo (excepcionalmente por red, si no hay que hacer obras de extensión de la red, solo de acometida, y previa autorización sectorial);
- la casa deberá mantener el arbolado en lo esencial;
- si se hacen desmontes o terraplenes, deben ocupar un máximo del 30% de la superficie de la casa.

Obsérvese que lo normal será que, para una zona de suelo rústico común determinada, los primeros en pedir autorización verán muy probablemente aprobadas sus solicitudes y podrán construir sus viviendas. Pero a partir de un determinado momento, la saturación de viviendas unifamiliares aisladas supondrá la denegación de los siguientes en pedirla, por el efecto acumulativo que se produce, ante el riesgo de que se cree un nuevo núcleo de población<sup>49</sup>.

Echamos de menos algunas otras obligaciones de carácter ambiental, como las sugeridas por como la obligación de garantizar la preservación o restauración de las condiciones ambientales de los terrenos y de su entorno inmediato, la exigencia de conservar otros elementos actuales de la finca (aparte del arbolado) u obligar a utilizar especies autóctonas para el ajardinamiento, o a permitir el paso de fauna por los cerramientos<sup>50</sup>.

Aunque el ayuntamiento los podrá tener en cuenta, a la hora de autorizar estos usos residenciales, en la aplicación de los criterios de viabilidad ambiental y paisa-

---

se considera que existe riesgo de formación de núcleo de población cuando existan dos o más edificaciones residenciales dentro de un círculo de 150 m de radio centrado en la edificación proyectada; en Castilla-La Mancha no puede haber más de 4 edificaciones (incluida la propuesta) correspondientes a distintas parcelas rústicas en un círculo de 150 m de radio; y en La Rioja debe haber una distancia superior a 150 m. de cualquier otra edificación.

<sup>49</sup> Es el conocido efecto de la cola, denostado por la doctrina: J. García Bellido ha criticado la injusticia que genera “*el efecto jurídico de la cola, por el que los n primeros que obtienen licencia agotan o saturan la capacidad de ese espacio para que el n+1-ésimo pueda entrar, aun teniendo la superficie necesaria para construir. Es decir, el derecho a ejercer la posibilidad de edificar no viene regulado objetivamente por la Norma para todo sujeto, sino que queda regulado subjetivamente por la actuación imprevista de terceros y depende de la agilidad o rapidez de otros sujetos más avisados o madrugadores. Lo que, en muchos casos, ha inducido la edificación ilegal como respuesta a la desigualdad jurídica que esta norma propicia*”. Cfr. GARCÍA BELLIDO, J., “*La cuestión rural. Indagaciones sobre la producción del espacio rústico*”, en Ciudad y Territorio. Ciencia Urbana, nº 69, 1986, p. 39.

<sup>50</sup> Cfr. PRATS RAMÓN, V., “Regulación jurídico-urbanística del uso de vivienda familiar en suelo rústico”, en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente - Núm. 249, mayo 2009, p. 23 en vlex.

jística del art. 4 LISTA y de las normas de aplicación directa, en especial la del art. 6.2, b) LISTA<sup>51</sup>.

## V. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS UNIFAMILIARES AISLADAS EN SUELO RÚSTICO EN ANDALUCÍA

El procedimiento viene recogido en los arts. 32 y ss. del Reglamento de la LISTA.

Enumeraremos sus principales hitos, y en el epígrafe siguiente nos centraremos en los más interesantes:

- 1º. Solicitud, por el propietario de la finca o promotor de la vivienda, de autorización municipal de actuación extraordinaria en suelo rústico, acompañada de proyecto de actuación (su contenido puede verse en art. 33 del Reglamento). Cabe trámite de subsanación.

- 2º Informes técnico y jurídico municipales.

- 3º Admisión a trámite.

- 4º El proyecto de actuación se somete a información pública por plazo no inferior a un mes. Simultáneamente y por mismo plazo, trámite de audiencia a las Administraciones públicas con intereses públicos afectados y a los propietarios colindantes.

- 5º Si, a juicio del ayuntamiento, la construcción tuviera incidencia supralocal, se solicitará a la Consejería de la Junta de Andalucía encargada del urbanismo y la OT el informe preceptivo y vinculante, que habrá de emitirse en el plazo de 2 meses (art. 72). Si este informe es negativo, no cabrá que el ayuntamiento autorice la cualificación de los terrenos. Si es positivo, podrá autorizarla o denegarla<sup>52</sup>.

- 6º Resolución del procedimiento mediante aprobación o denegación de la solicitud y del proyecto de actuación presentado, mediante autorización municipal. Su objeto: cualificar los terrenos donde pretenda construirse la casa, conforme a los criterios que se establezcan reglamentariamente, aprobando o denegando por el Pleno

---

<sup>51</sup> “Las construcciones, edificaciones o instalaciones deberán ser adecuadas y proporcionadas al uso al que se destinen y presentar características constructivas, tipológicas y estéticas adecuadas para su integración en el entorno donde se ubican, especialmente cuando se sitúen en espacios naturales protegidos o en el entorno de bienes del patrimonio histórico.”.

<sup>52</sup> La JP del TS exige que esta «autorización autonómica» recaiga antes de la licencia de obras, so pena de nulidad (SSTS de 24 de junio de 1985, RJ 1985\2889, 1 de septiembre de 1987, RJ 1987\7710, de 27 de noviembre de 1991, RJ 1991\9382, de 24 de diciembre de 1991, RJ 371/92, etc.)

(art. 22.2, c LRBRL, al que se remite el art. 32.2, d del Reglamento) o, si la vivienda afecta a más de un término municipal, por los distintos Ayuntamientos implicados.

El plazo máximo para notificar la resolución del procedimiento será de seis meses y silencio negativo. La autorización municipal deberá publicarse en el BOP y en la web del Ayuntamiento, incluyendo el proyecto de actuación íntegro.

• 7º. Una vez recaída autorización del proyecto de actuación, el propietario de la finca debe solicitar licencia de obras, municipal, previa solicitud, acompañada del proyecto de edificación. Se refiere a aspectos exclusivamente urbanísticos. La licencia de obras se otorga en garantía de la autonomía local, aplicada al “acto municipal de otorgamiento de licencia de edificación” (Antecedente 25º STC 61/1997) y Fdto. Jco. 13º de la STC 204/2002, de 31 de octubre<sup>53</sup>. También es posible que el propietario o la entidad promotora de la vivienda solicite, desde el principio, la tramitación conjunta de la autorización previa y de la licencia de obras, debiendo aportar junto con el proyecto de actuación el proyecto de edificación correspondiente, firmado por arquitecto. En este caso, en la resolución se hará constar la autorización para la implantación de la vivienda y para la ejecución de las obras previstas.

• 8º. Previamente a la resolución del procedimiento, la persona física o jurídica promotora deberá pagar una prestación compensatoria del 10% del PEM (excluyendo el precio de la maquinaria) al Ayuntamiento, que estará afectada al patrimonio público del suelo. Será del 15% siempre si se trata de una vivienda familiar aislada, cantidad que podrá minorarse si la actuación incide a favor del interés público, conforme a los criterios del art. 35.3 del Reglamento. La LOUA también la preveía, pero establecía un tope del 10% (no del 15%) y declaraba exentas del pago a las viviendas no vinculadas a la explotación agrícola, pecuaria, forestal o análoga. Ahora, todas pagarán. Este canon lo copió la LOUA de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura.

• 9º. Tras la licencia de obras municipal, una vez terminada la construcción, se entiende que debe solicitarse licencia de ocupación de la vivienda.

---

<sup>53</sup> “No es necesario argumentar particularmente que, entre los asuntos de interés de los municipios y a los que por tanto se extienden sus competencias, está el urbanismo. Así lo ha precisado el legislador estatal al disponer en el art. 25.2 d) de la Ley de Bases de Régimen Local que el municipio ejercerá sus competencias en materia de “ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística” y al prever en el art. 84.1 b) de la misma Ley el sometimiento de la actividad de los ciudadanos “a previa licencia y a otros actos de control preventivo”. Por lo que a este último precepto se refiere, conviene hacer notar como, dentro de las competencias de ejecución que los municipios ostentan en esta materia y, más en concreto, de la competencia para asegurar que los usos del suelo se acomodan a la Ley y a los planes de ordenación urbana, se encuentra, con carácter prototípico, la licencia municipal, que es uno de los actos administrativos más enraizados en la actividad de los entes locales”.

## VI. LA AUTORIZACIÓN AUTONÓMICA Y LOCAL DE LAS VIVIENDAS UNIFAMILIARES AISLADAS EN SUELO RÚSTICO EN ANDALUCÍA

### **1. El Informe preceptivo *sub conditione* y vinculante de la Comunidad Autónoma andaluza**

#### A. Carácter preceptivo del informe autonómico

Este informe autonómico, tal y como aparece configurado en la LISTA (art. 22.3, párr. 3º), no es facultativo: el ayuntamiento no tiene la potestad de pedirlo o no pedirlo según su antojo. Es ciertamente preceptivo, puesto que, si se da la condición previa de que pudiera afectar a las competencias autonómicas, el ayuntamiento está obligado a solicitarlo a la Consejería. Nos parece adecuado, sí, que el informe sea vinculante, pero consideramos que su carácter preceptivo no debería depender de la condición previa de que así lo considere el ayuntamiento. No debería quedar a la interpretación municipal considerar que la construcción de una casa unifamiliar aislada en suelo rústico afecta o no a las competencias autonómicas. Aparte está la conflictividad judicial que nos tememos se suscite, sobre todo si el color político del gobierno local y de la Comunidad Autónoma no coincidan.

Parece más razonable que la Consejería se pronuncie siempre, como ocurre en otras CC.AA., con un informe positivo o negativo puro que no tenga que pasar por el filtro municipal, ya que ella es la Administración garante de la ordenación del territorio y de su hermenéutica, conforme a los criterios previstos en el art. 2.1 de la LISTA. Así pues, esa vivienda unifamiliar aislada en suelo rústico suscitará un informe autonómico de la Consejería si su impacto trascendiera del ámbito municipal por su objeto, magnitud, impacto regional o subregional o por su carácter estructurante y vertebrador del territorio, y, en especial, si incidiera sobre:

- a) El sistema de asentamientos.
- b) Las vías de comunicaciones e infraestructuras básicas del sistema de transportes.
- c) Las infraestructuras supralocales para el ciclo del agua, la energía y las telecomunicaciones.
- d) Los equipamientos, espacios libres y servicios de interés supralocal.
- e) Las actividades económicas de interés supralocal.
- f) El uso y aprovechamiento de los recursos naturales básicos, incluido el suelo, y en especial cuando afecte a los suelos rústicos de especial protección por legislación sectorial y a los suelos preservados por los instrumentos de ordenación territorial previstos en esta Ley.

El informe será vinculante siempre que las residencias unifamiliares aisladas se propongan en ausencia de instrumento de ordenación o plan (algo poco habitual) o no estén contempladas en ellos, algo que sí será muy frecuente, porque los planes actuales, de OT y de urbanismo, no prevén actualmente la posibilidad de construir este tipo de viviendas en suelo rústico.

El plazo para la emisión del informe será de dos meses (art. 32 del Reglamento), contados desde la fecha de presentación de la solicitud completa, con la documentación a que se refiere el apdo. 2º en el registro electrónico del ayuntamiento. Transcurrido este plazo sin pronunciamiento expreso, se considerará que tiene carácter desfavorable, como es razonable en este tipo de casos.

El Informe señalará, en su caso, las medidas correctoras, preventivas o compensatorias que deban adoptarse por parte del promotor de la casa, para no afectar a intereses autonómicos.

Con la debida motivación y con una “clara delimitación” de esos intereses, el Informe autonómico respeta perfectamente el orden competencial<sup>54</sup>.

B. El ámbito objetivo del informe autonómico: el riesgo de formación de núcleo de población

El art. 90 del Reglamento de Planeamiento de 1978, apdo. c) encomendaba a las Normas subsidiarias del planeamiento<sup>55</sup> la “definición a efectos de lo dispuesto en los artículos 81 y 86 de la Ley del Suelo del concepto de núcleo de población, en base a las características de la provincia, definiendo las condiciones objetivas que den lugar a la posibilidad de su formación”, y permitía en su art. 85 la construcción de edificios aislados destinados a vivienda familiar en lugares en los que no exista posibilidad de formación de un núcleo de población.

Tradicionalmente, desde la LS de 1956, la determinación de lo que fuera “núcleo de población” se remitía al planeamiento urbanístico general o a las normas subsidiarias o complementarias, incluyéndose, finalmente, en las leyes de suelo de las CC.AA.

Según BLANQUER PRATS, en la definición de núcleo de población debe existir un germen de la estructura de un sistema social ordenado que, a partir de un cierto grado de desarrollo, requiere del tratamiento propio de una sociedad de carácter urbano, debiendo concurrir una pluralidad de construcciones, área geográfica

---

<sup>54</sup> Véase, por analogía, la STC 86/2019, Fdto. Jco. 10º, en referencia a las razones que pueden motivar una declaración de interés autonómico.

<sup>55</sup> Sobre la definición de núcleo de población en las NNSSP de las provincias castellano-leonesas, véase DE SANTIAGO RODRÍGUEZ, E. y GONZÁLEZ GARCÍA, I., (2018: 39 y ss).

determinada, implantación de un sistema de comunicaciones interno propio de la vecindad, población agrupada y pluralidad de actuaciones autorizables<sup>56</sup>.

a. Su regulación en la LOUA

Ya la LOUA preveía que la ordenación estructural de los PGOUs debía especificar las medidas para la evitación de la formación de nuevos asentamientos en suelo rústico (art. 10.1.A, h).

En dicha Ley, las construcciones en suelo rústico se encauzaban como actuaciones de interés público en suelo no urbanizable; e igualmente se exigía para ellas que no indujeran la formación de nuevos asentamientos (art. 42.1). Pero no se podían construir viviendas para dar servicio, siquiera temporal, a los trabajadores de dichos usos extraordinarios de interés público o social (párr. 2º del art. 42.1 LOUA).

Esa prohibición a toda costa de construcciones residenciales desvinculadas en suelo rústico era como “ponerle puertas al campo” (JORDANO FRAGA)<sup>57</sup>, por su carácter irracional.

La LOUA exigía también que las innovaciones del planeamiento que alterasen las especificaciones de las medidas dirigidas a evitar la formación de nuevos asentamientos debieran justificar que la nueva regulación garantizaba la preservación del suelo no urbanizable de dicho tipo de procesos urbanísticos (art. 36.2, 4º).

Por el mismo PGOU o por la aprobación de proyecto de actuación o del plan especial se podían llevar a cabo actos de edificación residencial vinculados a la explotación agrícola, pecuaria, forestal o análoga. Ello exigía la posterior licencia, prestación de garantías y aportación de prestación compensatoria (art. 52.1, B, b LOUA).

Como presupuesto para la ejecución de esas construcciones residenciales vinculadas a fines agrícolas, forestales o ganaderos, la LOUA requería que los usos residenciales no pudieran dar lugar a la formación de asentamientos (art. 52.6 LOUA), límite que, como se vio arriba, aparece en casi todas las leyes de suelo autonómicas que permiten la construcción de viviendas en suelo rústico.

Se presumía que la división por lotes en suelo rústico (parcelación) siempre inducía a la formación de nuevos asentamientos (art. 66.1, b LOUA), como ahora dice igualmente el art. 91.1, b) de la LISTA. Y entendía también, como ahora hace la LISTA, que se inducía a la formación de nuevos asentamientos cuando las cons-

<sup>56</sup> Cfr. BLANQUER PRATS, M. B., “Las bases fundamentales del núcleo de población”, RDU, nº 72, marzo-abril, 1981, pp. 79-80.

<sup>57</sup> Vid. El Epílogo del libro de JORDANO FRAGA, J., (2009). En su opinión, en un país como España, que ha dejado de ser agrario para ser postindustrial no tiene sentido impedir las viviendas en el campo, con los requisitos debidos.

trucciones ejecutadas fueran susceptibles de generar demandas de infraestructuras o servicios colectivos, impropios de la naturaleza de esta clase de suelo (art. 52.6, a LOUA).

b. Su regulación actual en la LISTA y su Reglamento

La LISTA indica que el POTA (Plan de ordenación del Territorio de Andalucía) debe recoger los criterios territoriales básicos para evitar la formación de núcleos o asentamientos de población en suelo rústico (art. 40.1, h), algo que, a diferencia de lo que ocurría en la LOTA, ahora se exige también como parte del contenido de los planes de ordenación del territorio subregionales (art. 44.1, d, 5º LISTA). Por tanto, los planes subregionales deberán adaptarse a la LISTA también en este extremo, e incluir esos criterios.

Añade la LISTA que esas determinaciones deben aparecer también en los PGOMs (planes generales de ordenación municipal), con carácter de Norma, en el suelo rústico (art. 63.3), las cuales deberán ser complementadas con Directrices para la delimitación de actuaciones de transformación urbanística.

El art. 20, b) de la LISTA realiza una presunción *iuris tantum*, considerando que inducen a la formación de nuevos asentamientos los actos que, por sí mismos o por su cercanía a asentamientos residenciales o de otro tipo de usos de carácter urbanístico, sean susceptibles de generar demandas de infraestructuras o servicios colectivos, que son impropios de la naturaleza rústica del suelo<sup>58</sup>. Por tanto, aquí el criterio de estudio será, sin duda, la cercanía con otras viviendas<sup>59</sup>.

Las condiciones para impedir la formación de nuevos asentamientos se remiten al Reglamento y a los instrumentos de ordenación territorial y urbanística.

Habrá que estar, por tanto, al Reglamento 550/2022 como fuente general. Y, como fuente de segundo grado, a los planes de OT y de urbanismo. En ambos casos, se debe tener en cuenta que esas condiciones pueden variar según:

- las características de los municipios;
- su estructura parcelaria;
- la existencia o no de agrupaciones de edificaciones irregulares;

---

<sup>58</sup> Por ejemplo, red de suministro de agua, red de saneamiento, red de alumbrado público, sistema de accesos viarios, etc., que son característicos de las áreas con destino urbano.

<sup>59</sup> Parecida definición da el art. 23 del Reglamento, al hablar de asentamientos urbanísticos como la agrupación de construcciones o edificaciones que genere dinámicas de utilización del territorio o que demande infraestructuras o servicios colectivos propios del suelo urbano, con independencia de la clase de suelo en la que se encuentre y su situación legal.

- los parámetros de ocupación, de parcela y cualquier otro que se considere necesario para garantizar la preservación de las características del suelo rústico.

El Reglamento recoge en su art. 24.2 los casos en los que se entiende, *iuris et de iure*, que determinados actos pueden dar lugar a la formación de nuevos asentamientos en suelo rústico. Solo algunos de ellos podrían afectar a la construcción de una vivienda unifamiliar aislada. Y deberán ser tenidos en cuenta por la Consejería de Urbanismo y OT de la Junta de Andalucía a la hora de emitir su informe.

Así, en primer lugar, puede verse prohibida la construcción de una casa en el campo si la finca fuera obtenida mediante una segregación o división previa; o si la casa se quisiera construir en una finca resultante de la división previa de una finca mayor; o si la finca donde se quiera construir tuviera una superficie inferior a lo establecido en la legislación agraria, ambiental o similar, sin perjuicio de las excepciones previstas en dichas leyes. O si se trata de una finca que, aun cumpliendo la unidad mínima de cultivo, no cuente con el aprovechamiento hidráulico autorizado en las fincas agrarias en regadío.

En segundo lugar, podría verse prohibida la construcción de la casa en el campo si cerca existieran otras construcciones residenciales o de otro tipo. Así, cuando, en un círculo de 200 metros de radio, existan al menos, seis edificaciones o construcciones de uso residencial, industrial o terciario o diez edificaciones o construcciones de cualquier uso. A estos efectos, no se considerarán las instalaciones desmontables de uso ganadero y agrícola, tales como los invernaderos, umbráculos, mangas o pajares, ni las pequeñas construcciones vinculadas a los usos ordinarios que tengan una superficie inferior a 10 metros cuadrados y una altura inferior a cuatro metros<sup>60</sup>. Se trata, evidentemente, de un criterio esencial, pues las viviendas unifamiliares rústicas no vinculadas deben estar realmente aisladas.

En tercer lugar, el Reglamento prohíbe abrir o ampliar caminos para acceder a la casa, porque teme que eso podría animar a otros propietarios a construir. En concreto, cuando se abran o amplíen caminos con una anchura de rodadura superior a tres metros. Si no es un camino, tampoco se permitiría la construcción de un carril

---

<sup>60</sup> Los conjuntos edificatorios que formen parte de una actuación ordinaria o extraordinaria autorizada computarán como una única edificación, tomándose como referencia la edificación principal. Como vemos, esta limitación es bastante suave, pues se ha entendido que las construcciones destinadas a un mismo uso ordinario o extraordinario computan como una sola, y es bastante raro, además, que en un radio de 200 metros existan varias casas o industrias o usos terciarios en el campo. El Reglamento impediría construir cuando, antes de levantar la casa, ya se dieran estas circunstancias, pero también si no se dieran y la nueva casa que se quisiera construir diera lugar al cumplimiento de esa condición (letra d del apdo. 2º del art. 24). También quedaría prohibido construir esa casa aislada a una distancia inferior a 200 metros medidos en línea recta de un asentamiento urbanístico, de una agrupación de viviendas irregulares o de un hábitat rural diseminado.

por la mera compactación del suelo. El Reglamento parece tener en mente permitir que los propietarios de estas segundas viviendas aisladas en suelo rústico accedan a sus casas solo por medio de coches todoterreno, no utilitarios normales, para disuadir la construcción. Estos viarios, para ser prohibidos, no deben estar previstos en los instrumentos de ordenación<sup>61</sup>. Por el contrario, si ese carril o vial nuevo o ampliado condujese a una parcelación en suelo rústico podría verse como un indicador más de la necesidad de prohibir esas construcciones. El control de la legalidad del carril o camino de acceso en suelo rústico se controlará en el trámite de la licencia urbanística, pues tales infraestructuras la requieren (art. 291 del Reglamento).

En cuarto lugar, según la letra g) es posible que una casa unifamiliar aislada en suelo rústico pueda tener una infraestructura de servicios básicos, como luz en baja tensión, fibra óptica telefónica o de internet o de agua doméstica, aunque lo normal será que los servicios se los consiga el mismo propietario mediante instalación de sistemas de autoconsumo. El art. 31.1, g) del Reglamento expone que, excepcionalmente, se permitirá el suministro a través de las redes de infraestructuras cuando cuenten con la autorización sectorial correspondiente y para ello sólo se precisen las obras de acometida. Y deberá justificarse, conforme al art. 26, b) del Reglamento, que estas infraestructuras deben discurrir por suelo rústico y que la alternativa de trazado elegida responda a los criterios de minimización de los impactos sobre los espacios naturales protegidos y los elementos del patrimonio histórico, integración paisajística (lo que podría exigir su soterramiento), funcionalidad y eficiencia y menor coste económico de las obras y su mantenimiento.

Como medidas preventivas de evitación de nuevos asentamientos, cabe que la Consejería o el Ayuntamiento realicen reservas de terreno, a establecer por los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, respectivamente, para la preservación de las características del suelo rústico y la contención de la formación de nuevos asentamientos (art. 130 LISTA). Por lógica, estas reservas sólo tienen sentido cuando se hayan autorizado varias residencias unifamiliares aisladas en suelo rústico en la misma zona, para evitar el peligro real de creación de un nuevo asentamiento o núcleo de población.

La Comunidad Autónoma ostenta competencia directa para el restablecimiento de la legalidad ante las actuaciones que vulneren la ordenación territorial. Y se

---

<sup>61</sup> Pero esta condición no se entiende bien si se la separa de los otros impedimentos, pues si ese camino facilita a otros propietarios a construir su casa en su predio y ese predio cumple todas las condiciones previstas en los arts. 24 y 31 del Reglamento, entendemos que no podría objetarse nada a esa ampliación o construcción del carril de acceso. Por eso el párrafo 2º de la letra f) del apdo. 2º del art. 24 exceptúa de este criterio los caminos y vías que se realicen en cumplimiento de la normativa sectorial, los accesos necesarios para las actuaciones ordinarias o extraordinarias (aquí las casas unifamiliares aisladas, por ejemplo) y los que resultan de las segregaciones debidamente autorizadas

presume que incidirían en la ordenación territorial los actos que afecten al sistema de asentamientos, como aquellos actos constructivos que puedan inducir a la formación de nuevos asentamientos en suelo rústico o a un incremento de la superficie ocupada por los preexistentes (art. 158.1, c). Esos actos son constitutivos de infracciones contra la ordenación del territorio (art. 161.5, b). Y tendría competencia el ayuntamiento para adoptar las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística cuando se hubiera construido una vivienda unifamiliar aislada ilegalmente (sin licencia o con licencia y actuación *ultra vires*), aunque entendemos que sin que existiera riesgo de creación de un nuevo núcleo de población.

Veamos ahora qué ha dicho la jurisprudencia sobre este requisito.

De entrada, el informe autonómico se pronunciará sobre el riesgo de que la vivienda a autorizar por el ayuntamiento pueda dar lugar a un nuevo asentamiento o núcleo de población.

Así lo han dicho los tribunales, indicando que ésa es fundamentalmente la competencia autonómica a la hora de autorizar viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico. Y, dentro de la misma, no puede hacer otras valoraciones nuevas o inventadas, que le harían incurrir en arbitrariedad<sup>62</sup>.

Se suelen permitir las viviendas unifamiliares aisladas en el campo, pero llegará un momento en que una nueva vivienda que se solicite en la misma zona donde ya hubiera a otras ya existentes podrá ser denegada, para evitar la implantación de un nuevo núcleo de población en suelo rústico. En qué momento se considera creado un núcleo de población es algo que debe determinar la Comunidad Autónoma, siempre usando los criterios del planeamiento municipal (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 7 de noviembre de 1989, RJ\1989\8137, ponente D. Mariano de oro-Pulido). Dicho de otra forma, solo cabe la construcción de viviendas en suelo rústico, desligadas de explotación agropecuaria, en lugares en los que no exista la posibilidad de formación de núcleo de población (Fdto. Jco. 3º de la STS (Sala de

---

<sup>62</sup> Tal fue el caso de la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), núm. 850/2000, de 17 octubre, RJCA\2000\2515, ponente Dña. María del Pilar Martín Coscolla, en relación con una vivienda unifamiliar aislada que se iba a construir en un suelo rústico ordinario de carácter agrícola. En Cataluña, este tipo de edificaciones necesita dos licencias: una primera, autonómica, de la CUB (Comisión de Urbanismo de Barcelona) y otra posterior licencia municipal, siendo la primera previa y preceptiva para la segunda, si bien limitada en su control a una sola valoración: la de las circunstancias en base a las cuales, con arreglo a los criterios del Plan General o de las Normas Subsidiarias de Planeamiento, pueda considerarse que no existe la posibilidad de formación de un núcleo de población. A pesar de que no existía tal riesgo, la CUB se extralimitó en su valoración y llegó a emitir una autorización negativa porque consideró, entre otras razones, para denegar esa autorización, que solo se podía autorizar si no existían viviendas construidas en suelo urbano en la zona, criterio que la Sala anula por considerar que el uso de vivienda familiar es precisamente uno de los legalmente permitidos en suelo no urbanizable en Cataluña, siempre con las condiciones dichas de doble autorización.

lo Contencioso-Administrativo) de 24 de enero de 1989, RJ\1989\479, ponente D. Mariano de oro-Pulido). Desde este punto de vista, verbigracia, la autorización para construir 16 nuevas viviendas en suelo rústico es, evidentemente, un indicio abrumador de la posible constitución de un núcleo de población (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de diciembre de 1983, RJ\1983\6358, ponente D. Aurelio Botella Taza). Claro que éste es un extremo evidente, siendo lo normal que la interpretación del concepto se mueva dentro de en una zona gris de indeterminación que debe ser iluminada por los criterios del planeamiento urbanístico municipal.

Tras leer muchas sentencias sobre este criterio podemos decir que existe una interpretación restrictiva a la hora de admitir que existe un riesgo real de creación del nuevo núcleo de población<sup>63</sup>, salvo que quede meridianamente claro que esa vivienda pueda dar lugar a ese riesgo. Una especie de *In dubio pro proprietas*, algo que se explica porque estamos hablando, casi en todos los casos, de suelo rústico ordinario, sin valores ambientales<sup>64</sup>.

El Informe viene exigido por los art. 25.4 y 71 del Reglamento de desarrollo de la LISTA. Se consideran actuaciones singulares con incidencia en la ordenación del territorio (y, por tanto, el informe debe solicitarse a la Consejería por parte del ayuntamiento), las actuaciones extraordinarias en suelo rústico (aquí, la construcción de la casa aislada) con incidencia supralocal, de conformidad con el artículo 2 de la Ley, así como aquéllas que se localicen en suelo especialmente protegido por la legislación sectorial, en suelo preservado por la planificación territorial o en el espacio litoral. De aquí podemos colegir que será bastante probable que el municipio no pida el informe a la Consejería cuando la casa se sitúe en suelo rústico ordinario o común.

Ese informe está regulado en el art. 72 del Reglamento de la LISTA y se llama informe de incidencia territorial<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Cfr. CANTO LÓPEZ, M. T., (2007:143-144), citando jurisprudencia.

<sup>64</sup> Así lo dijo la interesante STSJ de Islas Baleares, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 octubre de 1995, RJCA\1995\782, ponente D. Pablo Delfont Maza, Fdto. Jco. 5º: “Ciertamente, supuestos claros de imposibilidad de formación de núcleo urbano no es sencillo encontrarlos. Seguramente éste tampoco será el caso. Pero, con todo, debe tenerse en cuenta que únicamente cuando con nitidez quepa apreciar un riesgo inminente y definido de formación de núcleo de población cabrá, entonces sí, desautorizar la edificación de vivienda aislada en suelo no urbanizable común.”. Nótese que esta sentencia habla de riesgo “inminente” de formación de nuevo núcleo residencial o urbano, algo que parece permitir más indulgencias a las primeras casas unifamiliares que se asienten en suelo rústico, y menos a las posteriores, cuando ya preexisten otras en la misma zona. Y también la STS (Sala de lo Contencioso-, Administrativo) de 26 de julio de 1988, RJ\1988\6049, ponente D. José María Reyes Monterreal, en que se indica que “la simple sospecha de que con la edificación de autos pueda crearse un núcleo de población... no puede constituir, por sí sola, obstáculo para denegar cuestionada autorización...”.

<sup>65</sup> El apdo. 1º de este artículo, al fijar su ámbito objetivo, indica que versará sobre la coherencia territorial de la actuación, en virtud de su efecto sobre la ordenación del territorio y el paisaje, pudiendo señalar las medidas correctoras, preventivas o compensatorias que deban adoptarse.

Pero es curioso que, al enunciar los elementos documentales que debe incorporar la actuación de construcción de la vivienda unifamiliar aislada, enumera los mismos que se recogen en el art. 2.1 LISTA, salvo dos: la posible afectación a los equipamientos, espacios libres y servicios de interés supralocal, y a las actividades económicas de interés supralocal. No se explica este olvido, sobre todo porque el Reglamento no puede reducir las competencias que el art. 2 de la LISTA le atribuye a la Comunidad Autónoma, y no es descabellado pensar que una de estas viviendas pueda estar cerca de dotaciones o equipamientos supralocales ubicados en suelo rústico (colegios, institutos de enseñanza secundaria, sistemas públicos sanitarios, carreteras, pabellones deportivos...) o de fábricas, polígonos industriales o naves agrícolas o pecuarias, de alcance supralocal.

El hecho de que el informe autonómico se tenga que pronunciar sobre los suelos rústicos de especial protección por legislación sectorial y sobre los suelos preservados por los instrumentos de ordenación territorial parece excluir de su ámbito a los suelos rústicos de carácter común. Previsiblemente, el informe autonómico será negativo en aquellos casos, si es que el ayuntamiento finalmente lo pide en estos casos.

Evidentemente, este informe autonómico tiene carácter urbanístico pero su enfoque es de ordenación territorial, pudiendo pronunciarse solo sobre dichas materias, que podríamos enmarcar dentro de las enumeradas en el art. 56.3 EAA. Como se ha dicho, se centrará especialmente en estudiar si la construcción de la residencia unifamiliar aislada puede inducir a la formación de nuevos asentamientos<sup>66</sup>; no cabrá, pues, que la Consejería se pronuncie sobre otras competencias urbanísticas municipales. Ni siquiera sobre otras de carácter autonómico sectoriales, ya que, para eso, existe un trámite *ad hoc* en el párr. 2º del art. 22.3 de la LISTA, en el que las Administraciones Públicas que tutelan intereses públicos afectados podrán emitir un informe por plazo no inferior a un mes.

El concepto de “núcleo de población”, siendo indeterminado, debe ser concretado en cada caso particular por la normativa de suelo autonómica, claro está. Y, en su defecto, por “pautas sociológicamente vigentes dentro de la comunidad afectada”<sup>67</sup>. Pero también por el estudio de las circunstancias fácticas que existan en cada caso, teniendo la Administración autonómica un “margen de incertidumbre” que puede valorar para el caso concreto<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> STS de 3 de noviembre de 1999, Sala 3ª, Sección 5ª, ponente D. Juan Manuel Sanz Bayón. Ver también, del mismo ponente, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 31 enero 2000, RJ\2000\580.

<sup>67</sup> Cfr. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 15 octubre de 1997, RJ\1997\7492, ponente D. Juan Manuel Sanz Bayón.

<sup>68</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 12 noviembre 1999, RJ 1999\8491, ponente D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

Ciertamente la autorización autonómica debe pronunciarse exclusivamente sobre la posibilidad o no de formación de núcleo de población, como ha dicho la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 27 de noviembre de 1991, RJ\1991\9382, ponente D. Miguel Pastor López<sup>69,70</sup>. Es, pues, la Comunidad Autónoma la que debe probar el riesgo de creación de núcleo de población, distinguiéndolo de otros criterios parecidos (“cosa distinta de las formas de asentamiento disperso de población que es habitual en el medio rural gallego”). Otros argumentos para que el órgano autonómico desestime la construcción de vivienda unifamiliar aislada en suelo rústico, como la existencia de suficiente vivienda dentro del suelo urbano del municipio, no son aceptables<sup>71 72</sup>.

Pero se hace necesario también aclarar si la potestad autonómica de autorización para construir viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico conforme al

<sup>69</sup> Fdto. Jco. 3º: “Para otorgar la primera de dichas autorizaciones han de valorarse, según determinan los citados preceptos del Reglamento de Gestión Urbanística, las circunstancias en base a las cuales pueda considerarse que no existe posibilidad de formación de un núcleo de población; mientras que con la segunda de las autorizaciones mencionadas, esto es, con la licencia de obras, el Ayuntamiento se pronuncia acerca de las otras determinaciones urbanísticas que hagan o no viable la edificación de que se trate. Por tanto, la necesidad de ambas autorizaciones concurrentes se produce de tal suerte que la primera es previa a la segunda y está destinada, a diferencia de ésta, al concreto aspecto de la posibilidad de formación de un núcleo urbano, controlando uno y otro actos extremos distintos de la normativa urbanística, de tal manera que la decisión del órgano autonómico o estatal vincula al Ayuntamiento que debe posteriormente otorgar la licencia de obras propiamente dicha, pero solamente en tanto en cuanto no se conceda la previa autorización para edificar en el suelo no urbanizable; mientras que, por el contrario, el otorgamiento de esta autorización previa no vincula al Ayuntamiento competente respecto de la concesión de la licencia de obras”.

<sup>70</sup> O la STSJ de Extremadura, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 julio de 2002, JUR\2002\244946, ponente Dña. Elena Méndez Canseco, Fdto. Jco. 3º: “Como hemos referido, en el presente caso, no se deben incluir en la razón de decidir otras cuestiones referentes a problemas urbanísticos que quedan fuera del ámbito de la autorización que nos ocupa, circunscribiéndose el objeto del recurso a dirimir sobre si existe posibilidad o no de formación de núcleo de población”.

<sup>71</sup> Véase la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 11 de marzo de 2005, JUR\2005\116065, ponente Dña. Ana Rubira Moreno.

<sup>72</sup> La jurisdicción contencioso-administrativa ha controlado las eventuales extralimitaciones en que incurra la Administración autonómica al ejercer las competencias territoriales atribuidas y, en particular, la no concurrencia de intereses supralocales legitimantes (STC 154/2015, Fdto. Jco. 7º e):

*“... sustitución o subrogación orgánica (autonómica) general incompatible con la autonomía local y con las únicas fórmulas admisibles de intervención de esta especie, que serían sólo las previstas en la Ley reguladora de las bases de régimen local. Desconocería que la ordenación urbanística del territorio municipal corresponde fundamentalmente al municipio y que sólo la concurrencia de intereses de carácter supramunicipal puede justificar la intervención de otras Administraciones públicas.*

*El precepto impugnado en modo alguno puede contrastarse con el control administrativo previsto en el art. 60 LBRL, como pretenden los Diputados recurrentes. La protección del interés supralocal se ha realizado en este caso, no mediante la atribución de las indicadas potestades urbanísticas al ente local con previsión de un control autonómico, sino elevando esa competencia al nivel autonómico con reducción correlativa de la intensidad de la intervención municipal. Nuestro canon de enjuiciamiento ha de ser entonces de nuevo la garantía constitucional de la autonomía local, exclusivamente”.*

criterio principal de riesgo de creación de un nuevo núcleo de población es discrecional o si reglada, remitiéndose en este último caso, en exclusiva, a lo que diga el planeamiento. Desde luego, si el planeamiento indicare algo respecto de ello, habrá que estar a él. Pero si nada dijera, entonces la potestad será discrecional de la Administración autonómica, en este caso, de la Consejería de la Junta de Andalucía. Así parece indicarlo la STSJIB (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única) núm. 242/2001, de 23 de febrero, RJCA\2001\437, ponente D. Fernando Socias Fuster, que dice que:

*“Concretamente en el art. 44.4º del Reglamento de Gestión Urbanística y al regular la actuación autorizadora previa de, en este caso el Consell Insular, previene el que «Si se tratare de edificios destinados a vivienda familiar, habrán de valorarse, en su caso, con arreglo a los criterios del Plan General o Normas Subsidiarias y Complementarias del Planeamiento, las circunstancias en base a las cuales pueda considerarse que no existe posibilidad de formación de un núcleo de población». Así pues, cuando en el planeamiento municipal exista previsión o criterio respecto a lo que forma o no núcleo de población, la actuación de la Administración autorizadora deberá atenerse al mismo.”*

Más claro aún lo dejaba, en su Fdto. Jco. 3º, la citada STS de 24 de diciembre de 1996. Ahí se aclaraba que ese concepto jurídico indeterminado que es la posibilidad de formación de núcleo de población puede rellenarse de sentido técnico conforme a los que diga el planeamiento municipal o las normas subsidiarias<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Fdto. Jco. 2º: “Como recuerda su Sentencia de 23 enero 1996 (RJ 1996\211), esta Sala tiene reiteradamente declarado que según se desprende de los artículos 85 y 86 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 abril 1976 (RCL 1976\1192y ApNDL 13889) y 44 y 45 del Reglamento de Gestión Urbanística, en relación con los artículos 178 y 179 de dicho Texto Refundido y 1.º y 4.º del Reglamento de Disciplina Urbanística (RCL 1978\1986y ApNDL 13922), la realización sobre suelo no urbanizable de edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social que hayan de emplazarse en el medio rural o de edificios aislados destinados a vivienda familiar en lugares donde no exista posibilidad de formación de un núcleo de población, está sujeta a la obtención de dos distintos actos autorizatorios -extremo hoy aclarado por el artículo 16 del actual Texto Refundido de 26 junio 1992 (RCL 1992\1468y RCL 1993\485)-, por una parte, la autorización del órgano competente de la correspondiente Comunidad Autónoma, a otorgar por el procedimiento regulado en el artículo 43.3 del mismo Texto Refundido, desarrollado en el artículo 44 del Reglamento de Gestión Urbanística, y a los efectos de intervenir en la implantación en un suelo no destinado a recibirlas de edificaciones o instalaciones que sólo en determinados supuestos pueden emplazarse en él, y por otra parte, la licencia de obras del Ayuntamiento correspondiente, a conceder por el procedimiento ordenado en el artículo 9.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RCL 1956\85y NDL 22516 y a los efectos intervencionistas en materia propiamente urbanística, siendo la autorización previa a la licencia necesaria para que pueda otorgarse y siendo extremos a fiscalizar por la Administración competente para dispensarla, en un caso, que las edificaciones e instalaciones sean de utilidad pública o interés social y que hayan de emplazarse en el medio rural, y en otro -que es al que se refiere la cuestión litigiosa- la posibilidad de darse ocasión a la formación de un núcleo de población.”

Un elemento clave que puede ayudarnos a considerar si hay o no riesgo de creación de un núcleo de población lo indica la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2 de enero de 1989, RJ\1989\374, ponente D. Julián García Estartús, citando los argumentos de la Sentencia a quo, que valida: el “escaso crecimiento constructivo con pequenísimas incidencias de nuevos edificios en la zona en los últimos años, dada la grave accidentalidad del terreno y difícil acceso a la zona, realizada a través de caminos en mal estado o pistas forestales y a la inexistencia de servicios”.

Y otro podría ser “si el actor pretendiera después vender en parcelas y edificar el resto de dicha finca rústica, pues entonces sí que la venta de la misma en parcelas y su edificación podrían dar lugar a la parcelación urbanística” (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de noviembre de 1987, RJ\1987\9246, ponente D. Antonio Bruguera Manté).

No así la cercanía entre la vivienda y el casco urbano municipal, pues las circunstancias orográficas (aquí, la existencia de un montículo y de un bosque de pinos) pueden impedir que, pese a dicha cercanía, sea imposible la creación de un nuevo núcleo de población (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24 de junio de 1985, RJ\1985\4914, ponente D. José María Reyes Monterreal).

Y tampoco podría ser un indicio de formación de núcleo de población la existencia, junto a la casa, de un camino de uso público. Antes al contrario, porque la existencia de ese camino indica el uso inmemorial del mismo para acceder a viviendas, mientras que si el camino hubiera que hacerlo nuevo sí daría lugar a la posible formación de núcleo de población<sup>74</sup>.

En idéntico sentido, véase la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 15 octubre de 1997, RJ\1997\7492, ponente D. Juan Manuel Sanz Bayón, aunque añade el matiz de que, siendo el concepto de formación de núcleo de población ciertamente indeterminado, no es discrecional, y, por tanto, cuando el planeamiento municipal deja claras las condiciones de edificación de viviendas en suelo rústico y define lo que sea núcleo de población, es a ese elemento reglado al que hay que estar, sin posibilidad de que el órgano autonómico rechace la autorización de adecuación del suelo, previa a la licencia de obras municipal<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Cfr. STSJ de País Vasco, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 31 de enero de 2001, JUR\2001\257031, ponente Dña. María del Mar Díaz Pérez.

<sup>75</sup> Fdto. Jco. 4º: “autorización para poder construir en una zona de suelo no urbanizable, y tal autorización de competencia supralocal se ha de limitar a comprobar la existencia o no de los criterios o requisitos exigidos en la normativa de planeamiento local para ello y si concurren todos ellos, necesariamente y en virtud del principio de legalidad ha de ser otorgada la correspondiente autorización, que no olvidemos que constituye sólo el primer paso y necesario, antes de solicitar la correspondiente licencia municipal de edificación”.

La autorización municipal, versando sobre el riesgo o no de creación de núcleo de población, es, por tanto, reglada, en la medida en que debe atenerse a los criterios establecidos en el planeamiento urbanístico municipal, que no pueden ser contradi-chos por criterios de discrecionalidad u oportunidad<sup>76</sup>.

En conclusión, debe resolverse en el sentido de que la valoración de riesgo de formación de núcleo de población, por parte del órgano autonómico, constituye una actividad reglada que deberá realizarse para cada municipio y conforme a las normas previstas en su planeamiento<sup>77</sup>. Y que si nada previere, entonces la exégesis será puramente autonómica, con la ayuda de los elementos que pudieran existir en la legislación sectorial, en el planeamiento de ordenación del territorio o en los planes ambientales (por ejemplo, de espacios naturales protegidos, si fuera el caso).

## **2. La competencia municipal de autorización de las viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico en Andalucía, pre- via a la licencia de obras**

La LISTA legitima los usos extraordinarios del suelo rústico siempre que exista una autorización municipal que, previamente a la licencia de obras para la construc-ción de la casa y una vez recaído el informe autonómico, cualifique los suelos como aptos para ese fin (art. 22.3 LISTA, y arts. 25 - apdos. 1º y 4º-, 31 y 32 del Reglamen-to de desarrollo). Esa cualificación se realizará conforme a los criterios que se han previsto en el Reglamento, en los artículos citados<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> Vid. Fdto. Jco. 2º de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de julio de 1988, RJ\1988\6049, ponente D. José María Reyes Monterreal: “condicionan la construcción a que se realice sobre una unidad mínima superficial, a una determinada altura máxima de la vivienda, a una mínima distancia de ésta respecto de las lindes de la parcela y la que exigen para que la misma distancia del eje de los accesos principales (artículos 216, 217 y 219), con cuyo exacto cumplimiento queda adecuadamente garantizado que el referido núcleo racionalmente no podrá formarse ante lo cual no cabe invocar principios de discrecionalidad y oportunidad como los que se alegan para fundamentar la denegación de la autorización instada por la resolución recaída en el recurso de alzada, puesto que, carentes de otros fundamentos válidos, contradicen el carácter reglado que es inherente a estas autorizaciones administrativas que son consecuencia del intervencionismo de la Administración en el derecho genuinamente absoluto de todo titular dominical para disponer y hacer en la cosa objeto de su propiedad cuando tenga por conveniente”.

En idéntico sentido, rechazando que el órgano autonómico pueda entrar a valorar elementos basados en el criterio de oportunidad se expresa la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 23 de junio de 1998, RJCA\1998\2445, ponente D. Manuel Quiroga Vázquez

<sup>77</sup> Ciertamente, el riesgo de formación de núcleo de población implica valorar principalmente las concretas previsiones del Plan al respecto (como por ejemplo las distancias mínimas entre edificaciones), pero también otras consideraciones dispersas en preceptos distintos y en particular las dimensiones de las parcelas por cuanto, efectivamente, a mayor superficie de parcela, menor riesgo de formación de núcleo de población (art. 36, c Reglamento de Planeamiento).

<sup>78</sup> Y no sólo tendrá que otorgarse para construir la casa sino también para la ampliación de la superficie edificada de la misma en más de un veinticinco por ciento sobre la inicialmente autorizada y, en todo caso, para los cambios de uso (art. 25.3 del Reglamento).

La expresión “cualificación” de los terrenos, que usa el art. 22.3 y 4 de la LISTA (y del art. 32 de su Reglamento), es un tanto equívoca, pero parece remitir al antiguo art. 42 de la LOUA, en el que, en relación a las actuaciones de interés público en suelo no urbanizable, consideraba que la aprobación del plan especial o proyecto de actuación necesarios para autorizarlas suponía, de suyo, la cualificación de los terrenos sobre los que se iban a desarrollar, es decir, la “aptitud de los terrenos necesarios”.

Por tanto, el objeto de esa autorización municipal previa a la licencia de obras será estudiar si los suelos sobre los que se va a construir la vivienda unifamiliar aislada son adecuados o aptos para ello, para lo cual el Ayuntamiento tendrá que comprobar si se dan las condiciones recogidas en el art. 31.1 del Reglamento, pero también las demás condiciones que el planeamiento urbano haya impuesto a la hora de regular y condicionar el régimen urbanístico del suelo rústico de su término municipal. Se sobreentiende que el Ayuntamiento, en su autorización, supervisará también criterios urbanísticos locales de carácter ambiental, paisajístico, de adaptación al ambiente... por tanto, la aptitud del suelo, a priori, para poder edificar allí, en un lugar que no es el natural para usos residenciales (suelo rústico).

Por tratarse de una cuestión de carácter supralocal, el análisis sobre si esa vivienda puede acabar coadyuvando a la creación de un nuevo núcleo de población forma parte, ya lo hemos dicho arriba, del Informe autonómico que habrá de recaer antes de la autorización municipal, pero también es evidente que el ayuntamiento no es completamente ajeno a ese análisis desde su propia óptica, pues, a evitarlo van dirigidos algunos de los condicionantes reglados del art. 31.1 antes citados del Reglamento.

La cualificación o idoneidad de los terrenos para la construcción de estas viviendas unifamiliares aisladas se fijará por plazo ilimitado (art. 34.1 del Reglamento), como es propio del uso residencial al que se destina<sup>79</sup>. Pero se introduce un plazo de caducidad, por así decirlo, por falta de uso, ya que estamos ante un uso no ordinario del suelo rústico: el cese, durante más de cinco años seguidos, de las actividades que se desarrollan (aquí habrá que entender sin habitar la casa) dará lugar, previa audiencia al interesado, a la pérdida de vigencia de la autorización con obligación de restituir los terrenos a su estado natural previo a la edificación de la misma (esto es, el derribo de la casa y su reposición al estado previo a su edificación, o *restitutio in*

---

<sup>79</sup> En el art. 52.4 de la LOUA se establecía un plazo limitado para todos los usos en suelo no urbanizable, no vinculados a la explotación agropecuaria de la finca, que el planeamiento autorizara; duración limitada, aunque renovable, no inferior en ningún caso al tiempo que sea indispensable para la amortización de la inversión que requiera su materialización.

*pristinum*<sup>80</sup>)<sup>81</sup>. Los casos de cualificación temporal previstos en el art. 34.2 del Reglamento no atañen a la construcción de casas unifamiliares aisladas, algo que sí ocurre en otras CC.AA.

El plazo ilimitado de la cualificación de los terrenos para la casa que se construya se hará constar en la licencia municipal que autorice la ejecución de la actuación y en el Registro de la Propiedad, conforme a lo previsto en la legislación hipotecaria.

El objeto de la autorización municipal de cualificación de los terrenos es el proyecto de actuación que, para la construcción de la casa, presenta ante el Ayuntamiento la persona o entidad promotora. El proyecto de actuación describe los suelos sobre los que se asentará la casa y el volumen y tipología de la obra de la casa que se pretende construir, y sobre eso se pronunciará la autorización municipal y la posterior licencia de obras. Es por ello que, para tener los elementos de juicio necesarios, el Reglamento, en su art. 33, exige un contenido minucioso a dicho proyecto:

- Descripción detallada de la actuación, que incluirá:

a) Situación, emplazamiento y delimitación de los terrenos que son objeto de la cualificación.

b) Caracterización física y jurídica de los terrenos.

c) Características socioeconómicas de la actuación.

d) Características de las edificaciones, construcciones, obras, viarios, infraestructuras y servicios técnicos necesarios para su desarrollo, con inclusión de las exteriores necesarias para la adecuada funcionalidad de la actividad y de las cons-

---

<sup>80</sup> Vid. SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., “La "restitutio in pristinum" como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente”, en Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental, ISSN-e 1576-3196, N.º. 3, 1999.

<sup>81</sup> El art. 22.4 LISTA tiene una redacción confusa en este punto, pues habla de la obligación de “restituir los terrenos” en caso de que pasase el plazo de duración limitada de la cualificación de los mismos permitida para determinados usos (los del art. 34.2 del Reglamento), sin que aquella hubiera sido renovada, se entiende. Realmente no hay una restitución de los terrenos a terceras personas, pues los terrenos son del propietario y seguirán siendo suyos, sino una restitución de lo construido o edificado a su estado anterior (es decir, al estado anterior a la construcción realizada). Esa interpretación queda clara en el art. 34.2 in fine del Reglamento: “El transcurso del plazo dará lugar a la pérdida de vigencia de la autorización obligando a las entidades y promotores o a quienes se subroguen en sus obligaciones a restituir los terrenos a su estado natural sin derecho a indemnización”.

Aunque ni la Ley ni el Reglamento dicen nada, podemos entender cabalmente que el *dies a quo* del plazo de 5 años es el de la notificación de la autorización de cualificación de los terrenos, al margen de que la construcción de la vivienda unifamiliar aislada hubiera sido iniciada o terminada, ya que se trata de una licencia de cualificación de los terrenos, no de lo que en ellos se construya (eso será objeto de la licencia de obras municipal posterior).

trucciones, infraestructuras y servicios públicos existentes en su ámbito territorial de incidencia.

e) Justificación, en su caso, de las condiciones de implantación de una edificación residencial, conforme al artículo 30.4.

f) Plazo de inicio y terminación de las obras con determinación, en su caso, de las fases en que se divida la ejecución.

- Justificación, fundamentación y definición, según las características de la actuación, de los siguientes extremos:

a) Interés público o social o incompatibilidad para localizar la actuación en suelo urbano, según proceda, conforme al artículo 30.

b) Procedencia o necesidad de la implantación en suelo rústico y justificación de la ubicación concreta propuesta.

c) Compatibilidad de la actuación con el régimen del suelo rústico y con la ordenación territorial y urbanística de aplicación.

d) Justificación del cumplimiento de la normativa sectorial afectada, acompañada de la documentación que resulte exigible por la misma.

e) Cumplimiento de las medidas para evitar la formación de nuevos asentamientos.

f) Análisis de la incidencia territorial, paisajística y ambiental y definición de las medidas correctoras de los impactos que pudiera generar.

g) Viabilidad económico-financiera de la actuación.

h) En su caso, plazo de duración de la cualificación urbanística de los terrenos.

En esta relación de requisitos de contenido hay varios elementos que parecen no aplicables al caso de la vivienda unifamiliar aislada no vinculada a la explotación económica de la finca, como por ejemplo la justificación, en su caso, de las condiciones de implantación de una edificación residencial, conforme al artículo 30.4, que está pensada para viviendas vinculadas; o la justificación del interés público o social que hagan la construcción incompatible para ser localizada en suelo urbano o la justificación de la procedencia o necesidad de la implantación en suelo rústico, ya que estas condiciones parecen estar pensadas para el resto de actuaciones extraordinarias, pues, de suyo, el sentido de este tipo de construcciones residenciales aisladas no vinculadas es precisamente ubicarse en suelo rústico.

Respecto a la compatibilidad de la actuación con el régimen del suelo rústico y con la ordenación territorial y urbanística de aplicación, como dijimos arriba, ya está permitido en el art. 22.2, párr. 2º de la LISTA este tipo de viviendas, por lo que

entendemos que la compatibilidad con la ordenación territorial y urbanística queda impuesta *ope legis*, por ministerio de ley, salvo que el planeamiento expresamente lo prohíba para la zona concreta donde se quiere ubicar la vivienda.

Tras la autorización municipal de cualificación del suelo el Ayuntamiento deberá otorgar la correspondiente licencia urbanística de obras (arts. 25.1 LISTA y arts. 32.5, 33.4, d del Reglamento), que, evidentemente, es de su competencia municipal (arts. 140.1 LISTA y 2.1 LRBRL según la LRSAL).

La licencia urbanística de obras quedará vinculada por esta autorización municipal previa para usos extraordinarios, si fuera negativa. También por el previo informe autonómico, si fuera negativo. El objeto de la licencia de obras es el control municipal de lo que se va a construir, una vez aprobado el proyecto de actuación (que engloba muchos más elementos). En este caso, no cabe declaración responsable porque se trata de la construcción de una vivienda de nueva planta (art. 291, apdo. e del Reglamento) y, muy posiblemente, implique la tala de árboles y de vegetación o la creación de accesos a la parcela en suelo rústico, creación de cierres o muros y vallados para proteger la construcción (letras g, i y j).

## CONCLUSIÓN

Una de las grandes novedades de la LISTA ha sido la posibilidad de autorizar viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico, desvinculadas de la explotación económica de la finca. Se trata de una innovación de gran calado porque la Ley de suelo anterior (LOUA) la prohibía completamente.

La LISTA se iguala así a la mayoría de las CC.AA., que ya permitían este tipo de usos, para los que existe una creciente demanda.

La clave del asunto, como siempre, está en las condiciones y límites que se impongan. La LISTA y su Reglamento han mantenido la exigencia de no creación de nuevo núcleo de población (requisito tradicional que deriva de las Leyes de suelo del Estado desde 1956), y, como el resto de CC.AA. que las permiten, impone la prohibición de localización en zonas donde existan otras construcciones (cuantificadas en la Ley y el Reglamento), de dimensiones máximas y ponderadas respecto del predio donde se ubican, plantas autorizables, respeto del arbolado, integración paisajística, etc. que consideramos suficientes. Además, Andalucía parte de un requisito mucho más duro respecto a la cabida mínima de la finca donde podrían construirse, fijado en el Reglamento en 2,5 has., superficie que excede en mucho la que han fijado otras CC.AA. (1 ó 1,5 has, 2 como máximo).

Con esas condiciones tan estrictas, no creemos que la autorización de este tipo de viviendas aisladas en suelo rústico vaya a suponer ningún problema ambiental o paisajístico en Andalucía, no solo porque serán pocas las que puedan solicitarse sino porque las garantías sustantivas y las exigencias procedimentales no son fáciles de salvar.

El procedimiento de autorización de estas construcciones en Andalucía es ciertamente garantista, pues exige tres pronunciamientos consecutivos: uno autonómico (que versará, fundamentalmente, sobre el riesgo de formación de nuevo núcleo de población), que se producirá si el municipio considera que la actuación a autorizar pueda tener impacto supralocal; y dos municipales: el de cualificación de los terrenos para albergar este uso extraordinario en suelo rústico y la posterior licencia de obras. Uno vincula al otro, de forma que las tres autorizaciones deben darse de manera acumulativa.

Bienvenida, pues, esta posibilidad abierta por la LISTA, ya que la prohibición absoluta de la LOUA se ha demostrado ciertamente perjudicial, habida cuenta de que esta demanda social legítima quedaba frustrada por completo y se ha traducido en un aumento continuo de las edificaciones clandestinas en nuestra región.

## BIBLIOGRAFÍA

BLANQUER PRATS, M. B., “Las bases fundamentales del núcleo de población”, RDU, n° 72, marzo-abril, 1981.

CANO MURCIA, A., *El régimen jurídico del suelo no urbanizable o rústico*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

CANTO LÓPEZ, M. T., *La vivienda familiar en el suelo no urbanizable*, Iustel, Madrid, 2007.

DE SANTIAGO RODRÍGUEZ, E. y GONZÁLEZ GARCÍA, I., “Condiciones de la edificación de vivienda aislada en suelo no urbanizable. Estudio de su regulación normativa” en CIUR (Cuadernos de investigación urbanística) n°. 120, sept.-oct. de 2018.

GARCÍA BELLIDO, J., “La cuestión rural. Indagaciones sobre la producción del espacio rústico”, en Ciudad y Territorio. Ciencia Urbana, n° 69, 1986.

GÓMEZ ROSSI, M. J., *Actuaciones urbanísticas autorizables en suelo no urbanizable*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “El suelo rural”, en *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V*, Civitas, 2012.

JORDANO FRAGA, J., “Teoría general de la regularización de las edificaciones ilegales: la regularización en Andalucía: AFO (Asimilado a Fuera de Ordenación) y Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía de 7 de Octubre de 2014”, en JORDANO FRAGA, J., (coord.) *El urbanismo de la crisis: la regularización de las edificaciones ilegales y el régimen de asimilación a fuera de ordenación*, Tecnos, Madrid, 2015.

----- *La reclasificación del suelo no urbanizable*, Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación, n°. 21, Thomson-Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2009.

MARTÍN REBOLLO, L., “Del suelo no urbanizable al suelo rústico: evolución de la normativa urbanística estatal con referencia a la legislación del suelo de Cantabria”, en RDU, n°. 222, 2005.

MARTÍN VALDIVIA, S. M<sup>a</sup>., “Las clases de suelo y su régimen jurídico. Especial referencia al suelo rústico”, en MARTÍN VALDIVIA, S. M<sup>a</sup>. (director), *Un nuevo paradigma en el urbanismo andaluz (Análisis de la Ley 7/2021, de Impulso para la sostenibilidad del territorio en Andalucía)*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur menor, 2022.

PRATS RAMÓN, V., “Regulación jurídico-urbanística del uso de vivienda familiar en suelo rústico”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* - Núm. 249, mayo 2009.

RUIZ ARNÁIZ, G., “Régimen urbanístico del suelo rústico. En especial, la construcción de viviendas”, *La Ley*, Madrid, 2006.

SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., “Edificaciones asimiladas a fuera de ordenación en Andalucía: pecado, expiación y redención”, en JORDANO FRAGA, J., (coord.) *El urbanismo de la crisis: la regularización de las edificaciones ilegales y el régimen de asimilación a fuera de ordenación*, Tecnos, Madrid, 2015.

----- “La "restitutio in pristinum" como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente”, en *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, ISSN-e 1576-3196, N.º. 3, 1999.

----- *La protección de la estética en el derecho urbanístico a través del principio de adaptación al ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.



**La industria del dato y su relevante impacto en la  
publicidad y en el derecho de la competencia:  
Nuevos instrumentos de intervención  
jurídico-administrativos.**

*Asensio Navarro Ortega*

Profesor Contratado Doctor

Departamento de Derecho administrativo,

Universidad de Granada

e.mail: asenavort@ugr.es

**RESUMEN:** El trabajo expone los instrumentos de regulación, vigilancia y supervisión que se vienen desarrollando en Europa desde el año 2016 y en el marco de la Estrategia Europea de Datos, para dar respuesta a las necesidades y cambios tecnológicos que introduce la industria del dato en nuestra sociedad. Conforme a esta idea, se analiza el carácter competitivo del dato y cuándo la captación, explotación o almacenamiento de datos puede vulnerar la competencia al generar una posición dominante del mercado.

A través de ejemplos, se explica el funcionamiento de la economía de datos, las nuevas metodologías de análisis que deben aplicar las agencias reguladoras e independientes, el sistema de responsabilidad asimétrica que se viene conformando en relación con las grandes empresas tecnológicas, y, en general, el impacto que tiene el dato, como fenómeno disruptivo, en las relaciones económicas y jurídicas del conjunto de los usuarios, las pequeñas y medianas empresas y las Administraciones públicas.

**ABSTRACT:** The paper sets out the regulatory, monitoring, and supervisory instruments developed in Europe since 2016 and within the framework of the European Data Strategy in order to respond to the needs and technological changes introduced by the data industry in our society. In line with this idea, it analyses the competitive nature of data and when data collection, exploitation, or storage can violate competition by generating a dominant market position.

Using numerous examples, it explains how the data economy works, the new analysis methodologies that regulatory and independent agencies must apply, the system of asymmetric responsibility that is taking shape concerning large technological companies, and, in general, the impact that data, as a disruptive phenomenon, has

on the economic and legal relations of users, small and medium-sized companies and public administrations as a whole.

**PALABRAS CLAVE:** *Big data*, Derecho de la competencia, publicidad, supervisión, Administración pública.

**KEYWORDS:** Big data, Competition law, advertising, supervision, and public administration.

## I. INTRODUCCIÓN: LA INFERENCIA DE DATOS EN ENTORNOS MACROECONÓMICOS

El Big data, como fenómeno disruptivo, plantea desafíos de gran magnitud y diferente signo<sup>1</sup>. Entre ellos, el riesgo regulatorio en defensa de la privacidad y los derechos de los consumidores y usuarios, a través, por ejemplo, de la búsqueda de sistemas menos invasivos de publicidad. O, el respeto a las reglas de funcionamiento del mercado, tan importantes para la defensa y protección de nuestro Estado social y de Derecho.

En efecto, la buena marcha del mercado constituye un estímulo más importante para la defensa del Estado del bienestar y la protección de los derechos individuales que otras muchas ocurrencias políticas. Por lo que su potencial restricción y desvirtuación por parte de grandes plataformas online, puede introducir fallos sistémicos de enorme repercusión. Desde una posición garante, la del Estado, la gestión y uso de los datos constituye un riesgo regulatorio que se proyecta incisivo sobre el interés general.

La evolución de los sistemas de clasificación, utilización, compartimentación y gobernanza de los datos; así como en el uso y desarrollo de espacios comunes para su reutilización, ayudan a desarrollar tecnologías preeminentes, que, como en el caso de la Inteligencia artificial, subrayan la importancia de este recurso.

No se trata de un fenómeno nuevo. El término *big data* se utiliza desde hace décadas para describir el manejo exponencial de volúmenes de información<sup>2</sup> que se

---

<sup>1</sup> Véase un completo y actualizado informe del tamaño y las tendencias del mercado de datos y de la economía de datos en el Unión Europea, en los resultados del nuevo estudio del Mercado Europeo de Datos 2021-2023 (European Data Market Study). Disponible, en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/results-new-european-data-market-study-2021-2023> (julio, 2023). La economía digital se basa en la capacidad de sus operadores para generar y compartir información. El volumen de datos aumentará muy rápidamente de los 33 zettabytes generados en 2018 a los más de 175 zettabytes previstos para 2025. Esta masificación requiere de nuevas estrategias de racionalización y de reutilización, pues está previsto que la magnitud de este negocio alcance los 270.000 millones de euros de Producto Interior Bruto hasta el 2028.

<sup>2</sup> En 2013, el gigante tecnológico Google, procesaba más de 24 petabytes de datos al día, un volumen miles de veces superior al material impreso de la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos

deducen de datos estructurados y no estructurados<sup>3</sup>. La potencialidad de esta herramienta depende de las conocidas como "3V": el tamaño de la muestra (*Volumen*), la complejidad de la información (*Variabilidad*) y la rapidez de flujo (*Velocidad*) que tienen estos datos como objeto de inferencia para racionalizar y segmentar la información en sectores específicos<sup>4</sup>.

La optimización de los algoritmos (que se nutren principalmente de datos) permite mejorar la capacidad de respuesta y alcanzar un mejor funcionamiento para adoptar decisiones. Cuantos más datos y de mayor calidad se obtengan, mejores oportunidades surgirán para optimizar estos sistemas. Por ello, los datos, se erigen en un factor de competitividad; su uso abusivo puede incrementar la brecha digital y vulnerar la competencia. Las agencias y autoridades independientes deben trabajar para potenciar las ventajas que nos brinda la industria del dato. Proporcionando recursos para el desarrollo de tecnologías complementarias como la Inteligencia artificial, o el Internet de las cosas; pero, también, deben vigilar y supervisar sus riesgos operativos.

La economía de los datos ha sido definida por la Comisión Europea como una parte de la economía en la que los negocios se basan, en su totalidad, o en gran medida, en la utilización y el uso de datos de diferentes maneras, garantizando que los datos sean accesibles y utilizables<sup>5</sup>. Ello obliga a los poderes públicos a intervenir, decididamente, para garantizar este acceso. Conforme a dos enfoques que no siempre resultan compatibles: en primer lugar, regulando el dato como el *factótum* de la nueva economía, en la medida en que se erige en un instrumento generador de riqueza y brinda oportunidades económicas. En segundo lugar, a través del ejercicio de las potestades de vigilancia, supervisión y control<sup>6</sup> que tiene la Administración para evitar prácticas abusivas en el tratamiento y gestión de los datos. Estos dos objetivos, legítimos, no se pueden convertir, por el contrario, en un doble rasero que imponga

---

de América, la más grande del mundo. Vid. MAYER-SCHÖNBERGER, V. & CUKIER, K.: *Big data la revolución de los datos masivos*, Ed. Turner, Madrid, 2017, pag.19.

<sup>3</sup> Los datos estructurados son aquellos que pueden ser ordenados y procesados por programas estadísticos y de minería de datos. Los datos no estructurados son aquellos que no tienen una estructura interna identificable y constituyen conglomerados masivos y heterogéneos tales como textos, páginas de Internet, archivos en formato pdf, audio, video, etc.

<sup>4</sup> Junto a éstos, se pueden sumar otras características que le confieren valor al dato: la veracidad, fiabilidad, el segmento económico en el que operan, la interoperabilidad, el valor comercial.

<sup>5</sup> Esta "economía de los datos" debe actualizar el marco regulador de los datos personales y de los datos no personales, y redefinir los objetivos de la Agenda Digital de la Unión Europea. Cfr. ESCRIBANO CAÑAS, B.: "Dos proyectos de Reglamento europeos mantienen en vilo a la llamada economía de los datos de la Unión", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 937, Cizur Menor, 2018.

<sup>6</sup> Para un estudio completo de esta cuestión, vid. PAREJO ALFONSO, L.J.: *La vigilancia y la supervisión administrativas: un ensayo de su construcción como relación jurídica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 41 y ss.

una distinta *vara de medir*. Ello obliga a reformular ciertos planteamientos clásicos del derecho de la competencia y a actualizar las metodologías descriptivas en las que se basa el análisis de los servicios de "coste cero", donde la gestión de datos masivos (metadatos) tiene especial interés.

La relevancia de los datos como industria ha sido definida de forma axiomática e ingeniosa: *materia prima para los negocios* como otrora lo fueran el capital y el trabajo<sup>7</sup>, *petróleo del s. XXI, piedra angular de nuestro tiempo o nueva alquimia*. Su significado se puede medir desde múltiples magnitudes; y desde muy distintitos ángulos, cual es la relevancia del dato y cómo impacta en nuestras vidas<sup>8</sup>. Desde una vertiente económica, jurídica, filosófica, democrática, política o social. Pero hay una definición que, a mi juicio, resulta clarificadora. La que demuestra su utilidad práctica y su genealogía. En este sentido, la ingeniería de datos, como proceso de cognición, es ese instrumento que nos permite "escanear" la realidad y "ver, de verdad, aquello en lo que se cree" (*seeing what you believe*)<sup>9</sup>.

En las páginas que siguen nos afanamos en describir los nuevos instrumentos de regulación aprobados en la industria del dato, tratando de anticipar cual sería la respuesta administrativa frente a determinadas prácticas que pueden falsear la competencia.

## II. EL DATO COMO FACTOR DE COMPETITIVIDAD: IMPLICACIONES DISRUPTIVAS Y MUTACIONES ECONÓMICAS

La economía digital se basa en la capacidad de sus operadores para generar y compartir información. La digitalización, sin embargo, está trayendo ganadores y perdedores. Desde un punto de vista epistemológico, pero también teleológico, quien adquiera mayor conocimiento, será capaz de conquistar más espacio. Los datos son información, pero también "ocupan" un espacio. Porque la información glosada y contrastada deriva en conocimiento. Por ello, es preciso adaptar el esquema de la competencia a las "nuevas reglas" de la economía de datos, para instar una mayor convergencia entre empresas.

Las agencias y autoridades independientes de la competencia deben trabajar para potenciar las ventajas y las tecnologías asociadas a la industria de datos (como la

<sup>7</sup> Vid. KENNETH C.: 'Data, data everywhere' The Economist (London, 25 February 2010): <http://www.economist.com/node/15557443> (julio, 2023).

<sup>8</sup> Vid. CRÉMER, J. et al.: Competition policy for the digital era, Directorate-General for Competition, European Commission, Brussels, 2019.

<sup>9</sup> Vid. DEVIN, C. et al.: "The law and big data", Cornell Journal of Law and Public Policy, Vol. 27, núm. 357, 2017, págs. 375 y ss.

Inteligencia artificial, o el Internet de las cosas); pero, también, deben supervisar sus riesgos operativos y regulatorios.

Un ejemplo elocuente lo encontramos en el sector de la publicidad. La optimización de algoritmos permite a las empresas desarrollar soluciones innovadoras para mejorar y optimizar un producto. O a la hora de venderlo. La mayor y mejor información de los hábitos e intereses de los consumidores permite, no sólo, reducir costes o mejorar el producto. Sino ofertar el producto de forma mucho más eficiente y exitosa, segmentando el mercado, eligiendo los mejores horarios de publicidad, los medios en que publicitarse, las estrategias de mercadotecnia... Es un proceso, además, iterativo, que permite, de nuevo, con esta ventaja, abrir nuevas ventanas de oportunidades: obtener nuevos flujos de información, crear un perfil depurado del cliente, rediseñar el producto, ajustar el precio, optimizar los canales de distribución, reducir costes, redefinir la publicidad, etc. Esta asimetría informativa puede llegar a falsear la competencia, transformando la persuasión en una "aprehensión perceptiva"<sup>10</sup>.

La estrategia comercial mejora a medida que mejora el algoritmo, que se nutre de datos para tomar mejores decisiones. Su monitorización se sustenta en parámetros e interpretaciones verificadas que mejoran el comportamiento del sistema. Es decir, cuantos más datos y de mayor calidad obtenga el algoritmo, más garantías de éxito tendrá.

El diseño algorítmico y los motores de búsqueda, por otro lado, reducen o potencian la visibilidad de los servicios y productos rivales y puede inhibir la competencia o favorecer prácticas colusorias frente a terceros, alterando el comportamiento del consumidor; por ejemplo, cuando un motor de búsqueda muestra como mejor opción un producto aun cuando el precio del mismo producto competidor es más reducido.

La economía digital construye su propia lógica y hace plantearnos el *quántum admissible o tolerable* por encima del cuál es necesaria la intervención pública; conforme a un criterio dinámico de "*workable competition*" en el que la competencia no es perfecta; pero, sí, al menos, debe ser "practicable", para ofrecer alternativas reales a los usuarios.

Sea como fuere, el análisis clásico se deconstruye por el uso de datos dinámicos y trasciende a los parámetros tradicionales: análisis de precios, falseamiento de la competencia, abuso de posición dominante, conductas colusorias, ayudas públicas<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Sobre este particular, véase AA.VV.: Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2010.

<sup>11</sup> El análisis clásico de la competencia se centra, sobre: 1) Los cárteles u otras conductas similares, traducidos en acuerdos informales entre empresas del mismo sector con el fin de reducir o eliminar la

Dichos planteamientos, obviamente, siguen siendo válidos. Pero deben ser reformulados. En función de si, por ejemplo, el “dato” se obtiene a través de un proceso tecnológico innovador; un uso excluyente o abusivo en su suministro; tiene o no tiene carácter competitivo; o, si se utiliza de forma abusiva o lesiva con respecto a terceros competidores.

A grandes rasgos, los expertos en derecho de la competencia se afanan en comentar esta realidad conforme a dos visiones contrapuestas: a) la de quienes consideran que el control y el manejo de grandes bancos de datos (*big data*) puede suponer una barrera de entrada en el mercado<sup>12</sup>, por cuanto resulta un proceso tecnológico complejo que margina a otros operadores<sup>13</sup>; y, b) por otro lado, quienes se niegan a concebir el *Big data* como un fenómeno o amenaza que altera por sí mismo las reglas de competencia, tratándose más bien de un mito que se debe revisar y re-sistematizar<sup>14</sup>.

Esta segunda postura, más matizada, defiende la simultaneidad y accesibilidad del dato como instrumento que confiere la posibilidad de ser usado en distintos canales constituyendo un proceso tecnológico innovador que los operadores políticos, lejos de limitar, deben incentivar.

Independientemente de nuestra posición, más cercana al segundo enfoque, partimos de la necesidad -como sostiene la mejor doctrina<sup>15</sup>- de repensar el dato.

---

competencia fijando precios, limitando la oferta disponible, dividiendo el mercado, compartiendo beneficios; 2) Las deslealtades consistentes en el dumping de precios (vender a un precio inferior al coste final del producto), el engaño (hacer creer a los compradores que el producto tiene un precio diferente al real), la denigración (difundir información práctica sobre otros productos o competidores, o hacer comparativas no relevantes), la confusión (imitar a un competidor), la dependencia económica (exigir condiciones favorables al proveedor cuando la empresa es el principal cliente), la desviación de clientes y la explotación de la reputación ajena; 3) Las concentraciones de empresas (fusiones, adquisiciones y absorciones) cuando no respetan las normas de la competencia; 4) Las ayudas públicas, que pueden consistir en subvenciones, bonificaciones fiscales, préstamos blandos, garantías, participaciones de financiación riesgo en sociedades, entrega directa de bienes y servicios, etc.

<sup>12</sup> Vid. RUBINFELD, D. y GAL, M.: "Access Barriers to Big Data", *Arizona Law Review*, 2017. Disponible, en: <https://arizonalawreview.org/pdf/59-2/59arizrev339.pdf> (julio, 2023).

<sup>13</sup> Vid. MAHNKE, R.: "Big Data as a Barrier to Entry", *CPI Antitrust Chronicle*, mayo de 2015. Disponible, en: <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/Mahnke2May-152.pdf> (julio, 2023)

<sup>14</sup> Vid. KENNEDY, J.: "The Myth of Data Monopoly: Why Antitrust Concerns About Data Are Overblown", *Information Technology & Innovation Foundation*, marzo, 2017. Disponible, en: <https://www2.itif.org/2017-data-competition.pdf> (julio, 2023).

<sup>15</sup> Véanse, entre otros, los siguientes trabajos: STUCKE y GRUNES: "Data-opolies" (2017), disponible en: [ssrn.com/abstract=2927018](https://ssrn.com/abstract=2927018) (julio, 2023); BALTO, D. A. y LANE M. C.: "Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data", 2016, disponible, en: <https://ssrn.com/abstract=2753249> (julio, 2023); SOKOL, D. D. y COMERFORD, R.: "Antitrust and Regulating Big Data", 23, *George Mason Law Review*, 2016, pp. 1129 y ss; LERNER, A. V.: "The Role of Big Data in Online Platform Competition", 2014, disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2482780> (julio, 2023); NEWMAN, N.: "Antitrust and the Economics of the Control of User Data", *Yale Journal on Re-*

Un aspecto fundamental, como nos dicen SIVINSKI et. al.<sup>16</sup>, es separar el dato que añade eficiencia al producto, del dato que es inherente a la empresa que desarrolla la actividad y aparece indisoluble y consustancialmente ligado a su propiedad industrial o intelectual. En esta segunda aproximación, el dato se ajusta al estándar de innovación del producto que comercializa, por lo que, perfectamente, puede no cederse frente a terceros. La utilización del dato, en este caso, es un "derecho exclusivo" vinculado a su titular, igual que un modelo de utilidad o una patente, una marca, o un diseño industrial.

Esta regla, como es lógico, admite excepciones desde el punto de vista de los sectores estratégicos y de la actuación pública, como más adelante referiremos. Ello nos obliga a estudiar caso a caso, para determinar cuándo el uso del dato distorsiona las reglas de competencia y/o genera efectos indeseados en la protección de los consumidores y usuarios.

Como señalan una vez más SIVINSKI et. al, el desafío para los operadores jurídicos será discernir los casos que requieren de un escrutinio detallado, del grueso de situaciones en las que la propiedad y el uso de los datos son económicamente beneficiosos e impulsan la innovación, y son considerados como "competitivamente benignos"<sup>17</sup>. Para lograr este objetivo, se debe avanzar en una ordenación transparente, sobre dos puntos de referencia: primero, el impulso de un estándar de previsibilidad y seguridad jurídica sobre la noción del "gatekeeper", considerando a estas grandes plataformas tecnológicas como sujetos responsables; segundo, a través de la creación de mejores y más avanzados mecanismos de supervisión e interoperabilidad entre el sector público y privado, sin perder de vista la protección de la seguridad nacional y las libertades individuales del ciudadano.

El manejo de datos, como factor de competitividad, tiende a incrementar la brecha digital y puede vulnerar la convergencia. Desde esta perspectiva, el dato se

---

gulation, Vol. 30, No. 3, 2014; LUNDQVIST, B.: "Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet of Things World", 2016 disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2891484> (julio, 2023); TUCKER, D. S.; WELLFORD, H.: "Big Mistakes Regarding Big Data", Antitrust Source, 2014, disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2549044](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2549044) (julio, 2023); MANNE, G. A./SPERRY, B.: "The Law and Economics of Data and Privacy in Antitrust Analysis", 2015, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2418779> (julio, 2023); WOODCOCK, R.: "Big Data, Price Discrimination, and Antitrust", Hastings Law Journal, Vol. 68, 2017; COLANGELO, G y MAGGIOLINO, M.: "Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy Through Competition?", 2017, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2945085> (julio, 2023); BAMBERGER, K. A. y LOBEL, O.: "Platform Market Power", Berkeley Technology Law Journal, Vol. 32, No. 3, 2017.

<sup>16</sup> Vid. SIVINSKI, G. et al: "Is big data a big deal? A competition law approach to big data", European Competition Journal, 2017, Vol. 13, núm. 2-3, 199-227, <https://doi.org/10.1080/17441056.2017.1362866>

<sup>17</sup> Vid. SIVINSKI, G. et al: *Ibidem*.

convierte en un *input* para rentabilizar el producto que se comercializa, pero que tiene un valor económico en sí mismo. El negocio de los datos (*data business*) resulta exponencialmente más atractivo a medida que crece el número de usuarios<sup>18</sup>.

### III. LA "MULTIDIMENSIONALIDAD" DE LA INDUSTRIA DEL DATO: PROBLEMAS ASOCIADOS A LA PUBLICIDAD Y A LOS SERVICIOS DE COSTE CERO

#### 1. La industria del dato: *big changes & big challenges*

El rápido crecimiento a la hora de recolectar, almacenar, analizar y gestionar datos, unido a su escalabilidad y carácter intercambiable, convierte al dato en un activo capaz de transformar la naturaleza de las cosas, dinamizar los flujos comerciales y provocar cambios disruptivos a nivel global en sectores de la ciencia, las finanzas, las telecomunicaciones, la salud y el bienestar social, la seguridad, los hábitos de consumo, los procesos productivos, la energía, la transparencia informativa, el tráfico y los transportes, el respeto al medio ambiente, la banca, los seguros, la reputación empresarial, el marketing, o el consumo en masa, etc.<sup>19</sup>.

Más allá de los conflictos que provocan en sectores de inversión y mercado (*Single Market*), de la ciberseguridad, de la propiedad<sup>20</sup> o del binomio democracia-libertades individuales, tenemos dificultad para medir la trazabilidad y huella del dato<sup>21</sup>. Y es que, en una sociedad en la que, cada individuo, es capaz de generar, cada día, cantidades ingentes de datos, la defensa de la privacidad, la intimidad, el derecho al honor, el secreto de las comunicaciones, la propiedad intelectual e industrial, la libertad de expresión, la protección del pensamiento y la individualidad misma de la persona, cobran un sentido especial.

La minería de datos (*data mining*) o exploración de los datos (*data analytics*), en el campo de la computación, descubre patrones extraídos de grandes bases de datos tra-

---

<sup>18</sup> Vid. NEWMAN, N.: "Search, antitrust, and the economics of the control of user data", *Yale Journal of Regulation*, 31, 2014, págs. 401 y ss.

<sup>19</sup> Vid. SAMANIEGO, J.F.: "Big data" para desentrañar el futuro de Europa, 2018, disponible, en: <https://www.nobbot.com/big-data-en-europa/> (julio, 2023).

<sup>20</sup> Sobre este particular, véase ROSELLÓ RUBERT, F.M.: "Cloud computing para el pequeño empresario turístico: problemática contractual", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, num.49, Cizur Menor, 2019, en relación al hecho de que haya datos que no se encuentran bajo un control exclusivo del proveedor del servicio, sino que se encuentran bajo el control de un tercero, que dispone de los instrumentos técnicos necesarios para alojar la información y facilitar la prestación de estos servicios y los problemas que se pueden producir en la naturaleza jurídica del contrato.

<sup>21</sup> En Microsoft/LinkedIn (Case Com./M.8124), la Comisión Europea considera la privacidad un elemento de igualdad.

tando de transformar información dispersa en conocimiento<sup>22</sup>. El desarrollo de estos sistemas plantea desafíos éticos y jurídicos, que se pueden resumir en los siguientes interrogantes, hoy en día, sin respuesta: ¿Cuáles son los límites tecnológicos? ¿qué niveles de automatización son deseables? ¿cuál es el régimen de responsabilidad al que se sujetan estas decisiones?<sup>23</sup>

## 2. El valor estratégico del dato: mecanismos de supervisión, vigilancia y control administrativos

El "dato" mejora los sistemas de aprendizaje automático (*machine learning*) y sistemas de aprendizaje profundo (*deep learning*)<sup>24</sup> como el Internet de la Cosas, el *blockchain* o la inteligencia artificial. Asimismo, es capaz de crear tecnologías que manifiestan un comportamiento inteligente basado en la capacidad de analizar el entorno y decidir, con cierto grado de autonomía, para alcanzar metas y objetivos cuantificables, desarrollando innumerables avances (sistemas de reconocimiento facial o por voz, robótica avanzada, redes neuronales, vehículos autónomos, etc.).

Las nuevas tipologías de datos se enfrentan a sus propios desafíos de regulación. Su caracterización, permite diferenciar entre: los *metadatos*, que abarcan un espectro de actuación más amplio. Los *datos dinámicos*, que son relevantes tanto para el diseño de algoritmos en inteligencia artificial como para el desarrollo de ciudades inteligentes. O los *datos de alto valor económico*, de gran repercusión para el sector público, cuyo suministro, cuando se entienda de interés general, debe ser obligatorio, gratuito, legible de manera automatizada y en formatos que permitan la descarga masiva.

Estos últimos, de alto valor económico, por sus características técnicas, son susceptibles de generar pingües beneficios económicos, así como conducir al progreso social y medioambiental, pues tienen una función elemental en el diseño y dinamización de servicios innovadores y benefician a una ingente cantidad de empresas y sectores públicos y privados. Su manejo y utilización, como luego comentaremos, enfrenta decisiones y desafíos vinculados a las reglas de competencia.

En general, se pide a la "industria del dato" que las innovaciones tecnológicas respeten los "estándares democráticos", con la finalidad de que dichas innovaciones complementen al trabajo humano. En este proceso, es fundamental el control

---

<sup>22</sup> Vid. MAIMON, O. y ROKACH, L.: *Data Mining and Knowledge Discovery Handbook*. Springer, New York, 2005.

<sup>23</sup> Sobre esta cuestión, vid. HERNÁNDEZ ESTEBAN, E.: "Inteligencia artificial y vehículos autónomos: el régimen de la responsabilidad civil ante los nuevos retos tecnológicos", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, num.48, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

<sup>24</sup> A este respecto, se puede consultar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, *Inteligencia artificial para Europa* [SWD (2018) 137 final].

que desarrollan las Agencias independientes con la aprobación de nuevos marcos de certificación en el caso de empresas que ofrecen soluciones digitales responsables. Asimismo, a través del asesoramiento y el ejercer de funciones inspectoras y sancionadoras en el marco de la nueva regulación. En este sentido, seguirá siendo decisiva la labor de las Agencias de Protección de Datos y de la Competencia, al tiempo que se crean nuevos organismos supervisores, como el Centro europeo de transparencia algorítmica (CETA) y la Agencia nacional de supervisión de Inteligencia Artificial, por citar algunos. También, dentro de un ámbito informativo, con el *Observatory of the Online Platforms Economy*, que deberá evaluar de forma independiente el grado de poder de mercado que adquieren ciertas plataformas<sup>25</sup>.

### 3. Publicidad, *driven-innovation* y falsa gratuidad del dato

La innovación basada en datos o *data driven-innovation* (DDI) fomenta la creación de nuevos productos, servicios, procesos, métodos organizacionales y mercados, logrando modelos que tienen un valor comercial demostrado.

Las empresas transmiten una idea de falsa gratuidad del servicio (*freemium*) a cambio de recolectar datos que venderán a los anunciantes. Mediante esta práctica, las empresas compiten para la mejora de productos y servicios que son ofrecidos a precio reducido o precio cero<sup>26</sup>. Estas empresas, sin embargo, sí comercian con los datos<sup>27</sup>, con el objetivo de vender, otorgar licencias o distribuir datos a otras empresas, consumidores o intermediarios de datos.

Las autoridades de la competencia advierten sobre la complejidad que conlleva regular esta falsa gratuidad del servicio y han abierto procedimientos contra empresas por un abuso de posición dominante. La realidad es que un reducido número de empresas tecnológicas (*Big Tech firms*) almacena la mayor parte de los datos<sup>28</sup>.

El crecimiento exponencial del flujo de datos obliga a los poderes públicos a regular el intercambio de datos en estos servicios de falsa gratuidad. Entre los retos a abordar, están: delimitar la responsabilidad asimétrica<sup>29</sup> en el uso y

<sup>25</sup> En este contexto, también encontramos los trabajos de la Comisión europea en relación con el Digital Services Act, al que más adelante nos referimos, y el Copernicus earth observation programme, para sustentar espacios de datos europeos pertinentes y ofrecer oportunidades de innovación.

<sup>26</sup> Sobre este particular, vid. SOKOL, D./COMERFORD, R.: "Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?", Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech, Cambridge University Press, 2016, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2723693> (julio, 2023).

<sup>27</sup> Vid. GIL GONZÁLES, E.: Big data, privacidad y protección de datos, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pág. 15

<sup>28</sup> Vid. ASBROECK, V. B & CÉSAR, J & DEBUSSCHE, J.: Big data-bigger contracts?, 2016, disponible, en: <http://www.digitalbusiness.law> (julio, 2023).

<sup>29</sup> Vid. REIG FABADO, I.: "La adaptación del Derecho de competencia europeo en la era digital: algunos aspectos de la propuesta legislativa para las grandes plataformas digitales", en CASTELLÓ PAS-

tratamiento de estos datos, la forma en que se debe realizar la transmisión automatizada de estos datos, o la de establecer estándares de seguridad en el contexto de las tecnologías emergentes y la interoperabilidad<sup>30</sup>. A este respecto, son destacables los avances a nivel europeo, así como en relación con la libre circulación de datos transfronterizos que manejan las empresas multinacionales<sup>31</sup>, los procedimientos de anonimización de datos, el control de la publicidad, etc. En este contexto, juega un papel decisivo el régimen de los datos de alto valor<sup>32</sup>, así como el *data sharing* y la reutilización de información (desde el sector público al privado; y viceversa).

#### IV. LA ESTRATEGIA DE DATOS DE LA UNIÓN EUROPEA: UNA MIRADA A LA COMPARTICIÓN Y REUTILIZACIÓN DE DATOS DESDE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En febrero de 2020, la Comisión Europea publicó la Estrategia Europea de Datos (en adelante, EED)<sup>33</sup>. El objetivo de este mega programa político es "crear una sociedad empoderada por el uso de los datos" y "construir un marco legal consistente en términos de protección de datos, derechos humanos, seguridad y ciberseguridad", con el propósito de "incrementar el uso y la demanda de datos y los productos y servicios basados en datos en todo el mercado único (*Single Market*)".

Para alcanzar este propósito, la Comisión Europea ha lanzado varias propuestas legislativas, que pretenden armonizar el marco legal fragmentado de la Unión Europea en esta materia, y plantear una transición digital y verde; a la vez que se promueven reglas más claras en defensa de la competencia. De este lado, destacamos ahora las cinco propuestas normativas (*Big Five*) surgidas en el marco de la Estrategia Europea de datos, de las que, muy brevemente, damos cuenta.<sup>34</sup>

---

TOR, J.J. (Dir.): Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2021, págs. 227-250.

<sup>30</sup> Vid. LUNDQVIST B: "Standardization for the Digital Economy; the issue of Interoperability and Access under Competition Law", *The Antitrust Bulletin*, 2017, Vol. 62, núm. 4, págs. 710-725.

<sup>31</sup> Vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: "Titularidad y responsabilidad en la economía del dato", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 46, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

<sup>32</sup> Vid. VALERO TORRIJOS, J.: "El régimen jurídico de los datos de alto valor: dificultades y retos para su aplicación práctica", en VALERO TORRIJOS, J. y MARTÍNEZ GUTIERRES, R. (Dir.): *Datos*

<sup>33</sup> Vid. COM (2020) 66 final, A European Strategy for data. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee, and the Committee of the regions.

<sup>34</sup> Una explicación global de estas iniciativas, en: BRÄUTIGAM, T. et. al: *EU regulation builds a fairer data economy The opportunities of the Big Five proposals for businesses, individuals and the public sector*, Sitra Working Paper, PunaMusta Oy, 2022. Disponible, en: <https://www.sitra.fi/app/uploads/2022/06/sitra-cu-regulation-builds-a-fairer-data-economy.pdf> (julio, 2023).

## 1. El paquete de normas "Big Five": bases para una regulación integrada de los datos en Europa

La llamada "década digital" europea, en la que nos encontramos, está impulsado el crecimiento tecnológico y la digitalización (100 por ciento en el ámbito de los servicios públicos) con la creación de estructuras administrativas que acaben con la dispersión normativa. Precisamente, este es uno de los objetivos principales que se fija la EED de 2020, de la cual se derivan cinco iniciativas, vitales, que actúan coordinadamente: *Data Governance Act* (DGA) o Reglamento de Gobernanza de Datos; *Digital Markets Act* (DMA) o Ley de Mercados Digitales; *Digital Services Act* (DSA) o Ley de Servicios Digitales; *Artificial Intelligence Act* (AIA) o Ley de Inteligencia Artificial; y *Data Act* (DA) o Ley de Datos.

Estas iniciativas (algunas de ellas ya aprobadas y otras en fase última de aprobación) están diseñadas para apoyarse entre sí y lograr un marco que pueda servir de ejemplo (vid. infografía *ut infra*). Denotan un desplazamiento desde la protección de datos (hasta ahora, la principal y casi única preocupación de la Unión Europea) hacia otros ámbitos de intervención, como el uso efectivo de los datos en el mercado interior. Es decir, pretenden una liberalización del mercado basada en la mayor circulación y acceso (intercambio de datos) para las empresas, investigadores y administraciones públicas europeas, que genere un aumento de la productividad y de la competitividad, además de un mejor funcionamiento de los servicios públicos, agudizando el intercambio de datos. En este sentido, pretende garantizar términos y condiciones razonables, no discriminatorias y transparentes en el intercambio de datos, evitando que, por ejemplo, se compartan datos de distinta calidad; o regulando el cobro de la tarifa por la cesión de los datos, como forma de compensación, pero no de recopilación o producción de esos datos. Pero, sobre todo, este paquete de normas vigila el papel que tienen las grandes plataformas y operadores tecnológicos, con el objetivo de que los ciudadanos puedan tener un mayor control sobre sus datos<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Todo ello, sobre la base de cuatro puntales: 1) regulación y gobernanza; 2) inversiones; 3) herramientas e infraestructuras tecnológicas; 4) Competencia y competitividad en el manejo de los datos.

DESARROLLO DE LA ESTRATEGIA EUROPEA DE DATOS DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA BASE DEL MERCADO ÚNICO DE DATOS

Características/Nombre	Data Governance Act (DGA) o Ley de Gobernanza de Datos	The European Data Act Proposal (DA) o Propuesta de Ley de Datos europea	Digital Markets Act (DMA) o Ley de Mercados Digitales	Digital Services Act (DSA) o Ley de Servicios Digitales	Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (AIRIA) o Propuesta de Ley de Inteligencia Artificial
<b>Instrumento</b>	Regulation (EU) 2022/168 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance and amending Regulation (EU) 2018/1724 (Data Governance Act)	Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) (COM(2021)68 final)	Regulation (EU) 2022/1925 amending Regulation (EU) 2019/1156 (Digital Markets Act) (DMA)	Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act)	Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain non-EU directives (COM(2021)68 final 2022/0947(COD))
<b>Objetivo</b>	Determinar el marco de gobernanza para el acceso a los datos y su uso con el fin de clarificar el intercambio de datos y promover la disponibilidad de los mismos en diferentes sectores y ámbitos.	Promover nuevos derechos sobre los datos (que han de ser accesibles a todos y/o controlados) para fomentar las oportunidades de innovación basadas en datos. La disponibilidad de los mismos. Establecer la compatibilidad del mercado de datos, mejorando las condiciones de acceso a los mismos.	Regular el papel de los "gatekeepers" mediante el establecimiento de obligaciones específicas para ellos con el fin de promover un mercado más justo para las PYME.	Ordenar el comportamiento y los contenidos del comercio de datos mediante la creación de responsabilidades y obligaciones sancionables para los distintos proveedores de servicios en función de su papel, tamaño y campo en el ecosistema de datos.	Definir los usos de la inteligencia artificial (IA) para aumentar la confianza en las tecnologías y promover su desarrollo y su utilización sobre la base de los valores europeos.
<b>Referencia</b>	Conseguir que los datos del sector público estén disponibles para su utilización, facilitar el intercambio de datos con terceros y promover nuevos servicios de datos.	Introducir medidas que permitan a los usuarios de dispositivos conectados acceder a los datos generados por dichos mismos, cubriendo los costes relacionados con la transferencia y recibiendo el uso de dichos intercambios en compensación directa con sus productores. Igualar el poder de negociación de las partes para evitar desequilibrios contractuales en el mercado de intercambio de datos.	Promover la competencia justa en los mercados digitales.	Reforzar la responsabilidad de la supervisión de los proveedores de servicios intermediarios. Reducir la capacidad productora ilegales.	Garantizar que los sistemas de IA sean seguros y respeten los valores de la UE, así como garantizar la seguridad jurídica y favorecer las formas de innovación de responsabilidad a través de una supervisión más ágil de las plataformas en línea. Diferenciar entre las IAs que no representan una gran amenaza para las ciudadanos, de las IAs de riesgo alto para los derechos fundamentales o para la seguridad, cuando en este segundo grupo, por ejemplo, las sociedades con conductas autónomas o los sistemas que emplean los canales financieros para cobrar la salucon y establecer la calificación jurídica de una persona, o la policía de control de fronteras.
<b>A quién se dirige</b>	Sector público, Servicios de intercambio de datos y Particulares	Organizaciones del sector privado, Organismos públicos e instituciones de la UE, Sectores administrativos, de cooperación en la salud, otros datos generados por dispositivos conectados y servicios relacionados	Grandes plataformas en línea, servicios de intermediación en línea, redes sociales, motores de búsqueda, Mercados en línea y Servicios de publicidad.	Proveedores de servicios intermediarios, Redes sociales, Servicios de alojamiento y mercados en línea.	Referente para las empresas, ya que las normas se expresan con mayor claridad. Específicamente, para proveedores que conectan sistemas de IA en el mercado interior de la UE, usuarios de sistemas de IA en la UE, proveedores y usuarios de sistemas de IA en terceros países en los que el producto se vende en la UE.
<b>Obligaciones específicas</b>	Tener en cuenta la confiabilidad y el intercambio de veracidad antes para el sistema de datos	Nuevas normas sobre acceso y uso de datos por personas, Obligaciones de privacidad de datos, Evaluación del impacto de privacidad en el procesamiento de datos, Acceso a los datos por diseño, opt out de datos	Transparencia, interoperabilidad y portabilidad de datos.	Obligaciones de información, gestión de riesgos y normas sobre publicidad en línea, mejorar transparencia y responsabilidad al captar atención y promoción de los contenidos.	Evaluación previa de riesgos, Respeto de los derechos fundamentales. Responsabilidad hacia los usuarios, Seguir el desarrollo de la actividad tecnológica, Aumentar el control sobre la IA, garantizar y prohibir los sistemas de vigilancia biométrica.
<b>Autoridad reguladora y control</b>	Autoridad nacional, Consejo de Innovación de datos y el régimen sancionador	Normas aprobadas (probablemente) por la Comisión a través del Sistema Europeo de Normación	Comisión Europea y Comité Consultivo de los Mercados Digitales. Sanciones de hasta 1% del volumen de negocio mundial y 20% de este volumen, por recalcitrar.	Autoridad nacional de supervisión (Coordinador de Servicios Digitales, la Comisión Europea y el Consejo Europeo de Servicios Digitales). Sanciones que pueden alcanzar el 6% de la facturación global.	Autoridad nacional y Europea. Artificial Intelligence Board

Destacamos ahora, por cuanto permiten establecer condiciones de competencia efectivas, dos de estas regulaciones: la Ley de Mercados Digitales (*Digital Markets Act*) y la Ley de Servicios Digitales (*Digital Services Act*).

La *Digital Markets Act* busca poner fin a las prácticas desleales de las empresas que actúan como guardianes de la economía de las plataformas en línea. Define la calificación de una gran plataforma en línea como "guardián", siendo las plataformas que brindan una puerta de entrada entre los usuarios comerciales y los consumidores.

Por su parte, el *Digital Services Act* (DSA) que ha entrado en vigor en agosto de 2023, permite a los consumidores y a las empresas destinatarias acceder a los datos de su dispositivo y utilizarlos para servicios posventa y de valor añadido, tales como el mantenimiento predictivo y el uso de publicidad. Los usuarios, al disponer de más y mejor información, (pensemos por ejemplo en agricultores, compañías aéreas, o propietarios de edificios, etc.) pueden tomar decisiones más sólidas para mejorar la eficiencia energética, por ejemplo.

La DSA introduce derechos tangibles al permitir a los ciudadanos denunciar los contenidos ilegales que encuentren en línea o impugnar cualquier decisión del proveedor de servicios de suspender o bloquear el acceso a contenidos que ellos mismos hayan publicado en línea. De tal modo que, estos ciudadanos deberán ser informados cuando se muestre un anuncio, saber quién está detrás de ese anuncio y conocer las formas en que se dirigen los anuncios para otorgarles la oportunidad de rechazar este tipo de publicidad en el futuro.

De forma contundente, la DSA realiza un marcaje a las plataformas en línea y a los motores de búsqueda, especialmente a los denominados *Very Large Online Platform* (VLOP), como *Facebook* y *Google*, que deben explicar a los usuarios por qué se recomiendan determinados productos o contenidos, revelando los parámetros que siguen sus algoritmos y sistemas de recomendación; y ofrecer a los usuarios como utilizar el servicio sin estas recomendaciones personalizadas. De este lado, incorpora obligaciones para favorecer que las plataformas en línea reduzcan los daños y contrarresten los riesgos en línea, generando un marco de transparencia y de responsabilidad en la utilización de estos datos para la comercialización de productos y el desarrollo de estrategias publicitarias. Así, en el caso de las plataformas en línea, deben de publicar el número de usuarios, siempre que alcancen un umbral promedio mensual de 45 millones de destinatarios del servicio activo (aproximadamente, el 10 por ciento de población de la Unión Europea) como criterio para designar los servicios de dichos prestadores como plataformas en línea de gran tamaño y como motores de búsqueda en línea de gran tamaño (*VLOP*).

La Ley de Servicios Digitales, por tanto, busca crear un entorno seguro para el ciudadano, ofreciendo protección jurídica a los usuarios al regular por primera vez a los intermediarios en línea, estando dirigida, con carácter general, a todos los servicios digitales que conectan a los consumidores con bienes, servicios o contenidos<sup>36</sup>.

## **2. Un nuevo edificio normativo para buscar el equilibrio técnico del mercado de datos**

La EED supone, una alternativa al modelo de gestión de datos hasta ahora dominado por las grandes tecnológicas y permite relacionar -como gran avance- las cuestiones técnicas (conectividad en el procesamiento y almacenamiento de datos, computación y ciberseguridad) con las cuestiones sociales (gobernanza en la estructura y manejo de datos, incremento de la calidad de datos, acceso al suministro y reutilización de pools de datos, etc.). De hecho, la EED debe implementarse teniendo en cuenta, *ad intra*, el desarrollo normativo de los Estados miembros y la orientación técnica que desarrollan sus agencias públicas en materia de competencia; y, *ad extra*, por los intereses internacionales (*data-agile economy*) que desarrollan actores globales (significativamente Estados Unidos<sup>37</sup> y China; pero, también, los gigantes tecnológicos), por el potencial predador que tienen y la diferente regulación a la que se sujetan.

Uno de los objetivos prioritarios de la EED es el reforzamiento de los mercados de datos<sup>38</sup>, desarrollando un marco cooperativo que dependerá de cuatro pilares:

- a) Dotar de un marco de gobernanza intersectorial para el acceso a los datos y su utilización;
- b) Reforzar las capacidades e infraestructuras europeas de alojamiento, tratamiento y uso de datos, interoperabilidad;
- c) Invertir y aumentar la capacitación de las personas y en las PYME;

---

<sup>36</sup> En este caso, el Portal Oficial de datos de la Unión Europea, *data.europa.eu*, supervisará los cambios en los marcos legislativos implicados en el intercambio de datos, y promoverá el intercambio de datos abiertos y la interoperabilidad de flujos de datos a través de interfaces accesibles, API y estándares abiertos, incorporando información actualizada y de interés. Un ejemplo lo encontramos en el *European Single Access Point*.

<sup>37</sup> En este contexto, es preciso enfatizar la importancia del nuevo Acuerdo de protección de datos entre Europa y Estados Unidos, tras la invalidación del acuerdo anterior (2020) por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) del Escudo de Privacidad UE-EE. UU. El nuevo Acuerdo, tras acometer algunas mejoras, define un nuevo marco transatlántico de flujos de datos que ha recibido el visto bueno del TJUE.

<sup>38</sup> Por lo demás, la articulación y desarrollo de protocolos de estandarización y mecanismos de Findability, Accesibility, Interoperability and Resusability (FAIR) ha permitido explorar la economía de datos, y respaldar el intercambio fluido de datos entre el sector público y privado.

d) Crear espacios comunes europeos de datos en sectores estratégicos y ámbitos de interés público, como luego diremos.

Otra medida estrella es la creación de 12+1 espacios comunes europeos de datos, que van desde la industria a la movilidad, desde el Pacto Verde Europeo hasta la energía y la salud<sup>39</sup>. Estos espacios aglutinan infraestructuras de datos y marcos específicos de gobernanza para facilitar la puesta en común, la interoperabilidad y el intercambio de datos entre Estados miembros<sup>40</sup>. El desarrollo de estos espacios comunes se vertebra sobre sectores estratégicos en los que recae un especial interés público. Ello permitirá crear grandes repositorios, así como herramientas e infraestructuras técnicas para garantizar el intercambio de datos, permitiendo que los organismos públicos obtengan y usen datos en poder del sector privado, en caso de emergencias públicas y catástrofes naturales, por ejemplo. En particular, se trabaja en la idea global de que los datos no pueden ni deben estar sujetos a una protección jurídica independiente.

Pero el paquete de normas europeas también se ha dirigido a ámbitos sectoriales más específicos. A destacar, la Propuesta de Reglamento *E-privacy* o la *Digital Content Directive*<sup>41</sup>, que respalda a los individuos introduciendo derechos contractuales cuando los servicios digitales son suministrados a consumidores que proporcionan el acceso a los datos.

Por lo demás, el nuevo edificio normativo se complementa con la aplicación de otras regulaciones que siguen siendo decisivas en la protección y el manejo de datos: *General Data Protection Regulation* (GDPR)<sup>742</sup>; *Regulation on the free flow of non-personal data* (FFD)<sup>43</sup>, *Cybersecurity Act* (CSA)<sup>44</sup> y *Open Data Directive* (DRISP)<sup>45</sup>, *Payment Service Directive*<sup>46</sup>, *Smart metering information*<sup>47</sup>, *Electricity network data*<sup>48</sup>, *Intelligent transport*

---

<sup>39</sup> El objetivo es que los 12 espacios europeos de datos (salud, agricultura, industria manufacturera, energía, movilidad, finanzas, administración pública, competencia, Ciencia Abierta, Green Deal), medios de comunicación, patrimonio cultural, más la contratación pública, conformen un único espacio de datos europeo: un mercado único.

<sup>40</sup> Vid. Commission Staff Working document on Common European Data Spaces, SWD (2022) 45 final, de 23 de febrero.

<sup>41</sup> Directive (EU) 2019/770.

<sup>42</sup> Regulation (EU) 2016/679.

<sup>43</sup> Regulation (EU) 2018/1807.

<sup>44</sup> Regulation (EU) 2019/881.

<sup>45</sup> Directive (EU) 2019/1024 y Regulation 715/2007 as amended by Regulation 595/2009.

<sup>46</sup> Payment Service Directive 2015/2366.

<sup>47</sup> Directive 2019/944 for electricity, Directive 2009/73/EC for gas meters.

<sup>48</sup> Commission Regulation (EU) 2017/1485, Commission Regulation (EU) 2015/703.

systems<sup>49</sup>, *Digital Content Directive*<sup>50</sup>, o el Reglamento para la libre circulación de datos no personales en la UE<sup>51</sup>.

### 3. El mercado de la publicidad online: *Cookies, targeted advertising & Pool Sharks*

Un aspecto que, sin duda, preocupa, es el del control de la publicidad ante el uso no controlado de los datos. La lógica del mercado (liberalización de datos) no encaja con la del Reglamento General de Protección de Datos (mayor control de los datos)<sup>52</sup>. Un ejemplo, son las *cookies* de terceros, para los sitios web, que permiten mejorar la experiencia de navegación pero que impactan con publicidad personalizada. Estas *cookies* obtienen información de los hábitos de consumo. La regulación exige un consentimiento expreso e informado de los permisos que se otorgan durante la navegación, pero se trata de un procedimiento tedioso y poco seguro para el usuario, como comprobamos con nuestra propia experiencia de usuarios al navegar por Internet.

Como ha señalado MARTÍNEZ MORIEL, el descenso de usuarios en los que poder impactar, debido al rechazo de las cookies, así como las deficiencias de los sistemas de analítica censal que no se adaptaban a las redes 5G, ha llevado a los operadores a buscar soluciones alternativas, como la empleada por cuatro de los principales operadores de telecomunicaciones europeos -*Deutsche Telekom AG (Alemania)*, *Orange SA (Francia)*, *Telefónica, S.A. (España)* y *Vodafone Group (Reino Unido)* -lanzando el proyecto de *TrustPid* (denominada, también, como "*Supercookie Europea*"), que les permite rastrear a usuarios para ofrecerles publicidad<sup>53</sup>. Este proyecto se basa en una plataforma de apoyo a las actividades de publicidad digital de marcas y editores, que controlan los propios operadores de telecomunicaciones. *TrustPid* solicita al usuario cuando visita por primera vez la web o el medio online, el consentimiento para generar un identificador o código único derivado de la red fija o móvil, y activa un sistema de anuncios personalizados. Es un identificador pseudoanonimizado, que los propios operadores venden a los anunciantes, quienes pueden segmentar a los usuarios para verificar audiencias y usuarios.

<sup>49</sup> Directive 2010/40/EU.

<sup>50</sup> Directive (EU) 2019/770.

<sup>51</sup> Regulation (EU) 2018/1807

<sup>52</sup> Sobre esta cuestión, vid: CASTILLO PARRILLA, J.A.: "Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD", *La Ley Mercantil*, núm.82, julio-agosto, 2021, 22 págs.

<sup>53</sup> Vid. MARTÍNEZ MORIEL, I.: "TrustPid o la denominada "supercookie europea": necesaria interacción entre el Derecho de la Competencia y la Protección de Datos para el desarrollo del Mercado Digital", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 995/2023.

Esta iniciativa plantea dudas desde la óptica de los umbrales cuantitativos de la normativa de control de concentraciones y de defensa de la privacidad. Pese a ello, la Comisión Europea informó positivamente y sin restricciones de esta operación. A su juicio, la clave era la obtención del consentimiento expreso por parte del usuario. Se trata de un caso relacionado con la publicidad, la competencia y la privacidad que, aunque puede no transgredir los derechos fundamentales, sí estaría en situación de vulnerar las reglas de competencia.

#### 4. Datos abiertos, datos de alto valor y reutilización de la información por parte del sector público<sup>54</sup>

La compartición de datos abiertos (*Open Data*) suele asociarse con organismos públicos que pretenden alcanzar mayores niveles de transparencia o facilitar el acceso de los ciudadanos a los servicios públicos. Sin embargo, su funcionalidad y beneficios afecta a todo el tejido económico y empresarial. Por ello, es necesario profundizar en los mecanismos de compartición y reutilización de datos, exigiendo el cumplimiento de la normativa, y aclarando el régimen de excepciones, como, por ejemplo, en el caso de operadores en materia de telecomunicaciones y del sector bancario y financiero, que están sujetos a normas más detalladas a través del *European Electronic Communications Code* (EECC); o en relación con los proveedores OTT (*over-the-top*) que ofrecen comunicaciones interpersonales, contenidos y servicios en *streaming* y en la nube<sup>55</sup>.

Con la aprobación de la *Directiva (UE) 2019/1024, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público* (DRISP) y su transposición en España, a través del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, que actualiza la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, de Reutilización de la Información del Sector Público (LRI), se adaptó el marco normativo de los datos de especial interés y singular relevancia en España. Entre ellos, los datos de investigación -con carácter general aquellos que se obtienen financiados con fondos públicos (art. 3 LRI)-, o los datos dinámicos (art. 5.4 LRI), referidos a bases de información con registros e información cambiante. También los datos que generan un valor añadido por su carácter estratégico (geoespacial, ambiental, meteorológico, estadísticos, societario o relacionado con la movilidad). A este respecto, resulta de gran relevancia la reciente aprobación del *Reglamento de ejecución (UE) 2023/138 de la Comisión, de 21 de diciembre, de 2022, por el que se establecen una lista de conjuntos de datos específicos de alto valor y modalidades de publicación y reutilización*, que resulta de particular interés a la hora de definir el alcance práctico: en concreto,

<sup>54</sup> ZLOTNIK, A.: "Inteligencia Artificial en las Administraciones Públicas: definiciones, evaluación de viabilidad de proyectos y áreas de aplicación", Boletín, núm. 84, 2019.

<sup>55</sup> Como Netflix, Disney+, Amazon Prime Video y HBO Max, potifí, Apple Music, Google Music y Tidal.

el art. 5.1, 6 y 7 de la LRI, referentes a los datos abiertos desde el diseño y por defecto, a las medidas relativas a los acuerdos exclusivos y al criterio de recuperación de costes marginales<sup>56</sup>.

Estas nociones del dato, como explica VALERO TORRIJOS, permiten incorporar medidas tendentes a que ciertos conjuntos de datos sean fácilmente reutilizables en condiciones tasadas, favoreciendo un desarrollo propicio del actual ecosistema digital<sup>57</sup>. De hecho, la propuesta del Reglamento de Gobernanza de datos impone a los organismos públicos que permitan la reutilización de datos afectados por derechos e intereses de terceros, adoptando las medidas técnicas, organizativas y jurídicas que garanticen su protección. De igual manera, se les otorga la facultad de reutilizar datos sometidos a un "pretratamiento", que consiste en anonimizarlos o seudonimizarlos, suprimiendo también cualquier información confidencial. Contemplando, que, dicha reutilización, solo se admita en entornos directamente controlados por el organismo público.

En lo que ahora nos concierne, hay que tener en cuenta la incidencia que tiene el manejo de estos datos de alto valor estratégico, sobre todo, cuando son generados por sujetos privados vinculados a la satisfacción de intereses públicos. Se trata de un entorno propicio para la colaboración público-privada, muy común en el ejercicio de servicios económicos de interés general, como el suministro de energía, la gestión del ciclo urbano del agua, la contratación pública, las comunicaciones electrónicas o la gestión de residuos, por citar algunos. Piénsese, por ejemplo, en los datos sobre movilidad poblacional que proporcionan las empresas de telefonía móvil o determinadas aplicaciones relacionadas con los hábitos saludables y los seguros en el ámbito de la salud pública y la educación, entre otros. No solo en la cesión de estos datos a la Administración pública, sino, en cuanto al uso y cesión que la propia Administración podría realizar en favor de terceros.

## V. TRAINING THE ALGORITHM. PRÁCTICAS COLUSORIAS QUE PUEDEN VULNERAR LA LIBRE COMPETENCIA EN LA INDUSTRIA DEL DATO

La "datificación" permite captar consumidores a través de procesos de agregación y desagregación automáticos<sup>58</sup>. Estos modelos de integración matemáticos

---

<sup>56</sup> Esta última noción nos parece importante por cuanto no se aplicaría dicho criterio a aquellos organismos que deban cubrir una parte de sus costes destinados a una misión de servicio público, como puede ser el caso de las empresas públicas.

<sup>57</sup> Vid. VALERO TORRIJOS, J.: "El régimen jurídico de los datos de alto valor...", *óp. cit.*, pág. 83.

<sup>58</sup> Vid. HERRERO SUÁREZ, C.: "Big data y derecho de la competencia", *Revista electrónica de Derecho*, Vol. 18, núm. 1, 2019, pág. 667.

son, predictivamente, cada vez, más fiables, al detectar patrones y comportamientos que utilizan correlaciones complejas. Es lo que se conoce como "entrenar el algoritmo"<sup>59</sup> tratando de que asimile, a través de un aprendizaje autónomo, los resultados extractados de cada "análisis de datos" y transfiriéndoles una "experiencia" o un "criterio propio", en términos analíticos y tecnológicos, como sucede en el caso de la Inteligencia artificial. Ahora bien, el agente que entrena el algoritmo no tiene por qué ser quien rentabilice sus resultados.

Las empresas que intercambian datos (generalmente a través de acuerdos comerciales) crean un ciclo de valor. Por eso, el trasvase de datos de una empresa filial a una empresa matriz puede no ser tan relevante a efectos de un análisis de competencia. Las autoridades deben distinguir entre el intermediario de datos (obtienen sus datos de clientes), el *data controller* (realizan simulaciones y análisis predictivo avanzado con los datos obteniendo un rendimiento económico) y el *data processor* (tiene acceso a los datos, pero está limitado en su uso en función del nivel de confianza y los acuerdos comerciales). Es frecuente que un *data processor* pueda no tener permisos para mejorar sus productos o crear u valor añadido partiendo de esos datos si no son obtenidos directamente de los consumidores.

La singularidad del dato como recurso (ubicuo, obsolecente, de bajo coste, accesible)<sup>60</sup> permite un uso no excluyente de los mismos (*multihoming*). De ahí la proliferación de empresas que suministran y comercializan datos con terceros (*data brokers*). En todo caso, la rentabilidad de los datos no depende tanto del volumen de informaciones, sino de la capacidad para rentabilizar los mismos y del tipo de mercado. En dicho sentido, encontramos mercados de doble cara o múltiple cara (*two-sided o multisided markets*)<sup>61</sup>, basados en la interdependencia económica, que se caracterizan por tener dos demandas distintas, como los que se generan en las plataformas online y de comida a domicilio, que les confiere una posición cercana al oligopolio natural que suele contar con barreras de entrada.

---

<sup>59</sup> "An algorithm, designed to probe a database containing all personal data available to the government, sees that you have recently bought some fertilizer and a large truck, and that you have emailed someone with a .lb (Lebanon) email address. Seeing this red flag pop up on his computer, a government agent pulls your bank records, your Amazon and iTunes purchases, the domain names that you've recently visited, and a list of everyone you have recently phoned or emailed. Inspecting all of these records, the agent determines that you were merely asking your Lebanese uncle for advice on expanding your farm and makes a notation in his database. (He is also able to determine your religious affiliation, that you have an affinity for Steven Seagal movies, and that you have been having an affair, but is less interested in all of that)." Vid. Data Mining, Dog Sniffs, and the Fourth Amendment, 128 Harv. L. Rev. 691 (2014). Disponible, en: <https://harvardlawreview.org/> (julio, 2023).

<sup>60</sup> Vid. HERRERO SUÁREZ, C.: "Big data y derecho de la competencia", *Op. cit.*, pág. 671.

<sup>61</sup> Sobre el funcionamiento de los mercados de doble cara, vid. ALCARAZ, F.: "Mercados de doble cara (I y II)", *Blog New Deal*, 2017, disponible en: <https://blognewdeal.com/fluensanta-alcarez/mercados-de-doble-cara-i-caracteristicas-y-estrategia/> (julio, 2023)

Como explican SIVINSKI et. al, los datos pueden servir de producto, de input o de activo no comercial (sin uso relevante o explícitamente reconocido). Esta caracterización permite establecer su carácter competitivo o anticompetitivo.

a) El dato como producto tiene valor comercial significativo (*commodity product*) en áreas como la publicidad, la segmentación del mercado o en la generación de nuevos hábitos de consumo. Así sucede con paquetes de datos que contienen información relevante sobre consumidores: nombre, dirección, edad, ingresos, trabajo, historial de visitas on-line, hábitos de compra, etc.

b) El dato como input innova un producto o servicio ya disponible en el mercado. Los datos que sirven para desarrollar o mejorar productos tienen una utilidad competitiva demostrada, por lo que hay que hacer una prueba de unicidad. En el caso de las fusiones de datos, su relevancia también debe ser calibrada a efectos de privacidad y protección del consumidor<sup>62</sup>.

c) El dato sin uso comercial relevante o conocido no tiene valor predictivo, por lo que su impacto no es significativo a efectos de la competencia. Ahora bien, este juicio de validez debe ser actualizado debido al desarrollo de softwares de *Deep Learning*. Su uso comercial puede resultar encubierto o puede "revelarse" con nuevos sistemas algorítmicos.

El control de la competencia se produce sobre las dos primeras tipologías de datos: cuando actúan como producto o como input. Su uso debe ser supervisado por las agencias antitrust, aplicándoles estándares de competencia: relevancia comercial, precio, sustituibilidad en el mercado, etc. En cambio, este análisis de transparencia impone mecanismos de control (*accountability*) que se centran, por ejemplo, en estrategias de publicidad dirigida<sup>63</sup>; en la autorregulación (*antitrust compliance by design*); y en protocolos de buenas prácticas y documentos de soft law para identificar los riesgos operativos y legales. La extensión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas constituye un impulso para la real implementación de estos sistemas.

La intervención de los poderes públicos pretende evitar la concentración de poder económico por parte de gigantes tecnológicos (*tipping effects*) a través de mecanismos de supervisión no intrusivos. Con todo, el sector de la economía digital no debe aplicar un análisis clásico de la competencia consistente o dirigido a prevenir la creación de cárteles, el dumping de precios, las concentraciones de empresariales o las ayudas públicas. Por el contrario, el control a las grandes plataformas y firmas

<sup>62</sup> Vid. SIVINSKI, G. et al: "Is big data a big deal? *Op. cit.*, pág. 209.

<sup>63</sup> Vid. U.S. Fed. Trade Comm'n, 'Data Brokers: A Call for Transparency and Accountability ii' (May 2014). Disponible, en: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf> (julio, 2023).

digitales radica en la detección de comportamientos asimétricos relacionados con el acceso y utilización de datos, con base a las condiciones de contratación o a la erección de barreras de entrada.

A continuación, introducimos una serie de escenarios en donde se manifiestan conductas que pueden resultar contrarias a la competencia.

## 1. El abuso de posición dominante

Las agencias de la competencia deben analizar el carácter competitivo del dato partiendo de la inferencia de casos<sup>64</sup>: por ejemplo, si las partes poseen el control de datos relevantes o si estos datos están disponibles como producto o como entrada para productos de competidores intermedios; si los datos relevantes pertenecen al propietario o al que controla los productos o servicios; si son un insumo crítico para la competencia; o si existen datos sustitutos para los datos relevantes, incluso hasta preguntarse si se trata de datos son únicos<sup>65</sup>.

Desde esta perspectiva, el abuso de la posición dominante de mercado como poder limitante para obstaculizar la libre competencia (*ex art. 102 TFUE*), puede quedar enmascarado con acuerdos de exclusividad sobre el uso o utilización de los datos o con la imposición de barreras de entrada que generen situaciones de ventaja. La posición dominante, a diferencia de la posición de supremacía, permite decidir autónomamente sin tener en cuenta a los competidores, proveedores o clientes<sup>66</sup>, con capacidad efectiva para eliminar o condicionar la competencia, definida como: "una posición de poder económico de la que disfruta una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante al posibilitarle en medida apreciable comportamientos independientes respecto a sus competidores y clientes y, en definitiva, de los consumidores"<sup>67</sup>. La clave consiste en diferenciar entre una posición de dominio de una posición de supremacía frente a los competidores<sup>68</sup>.

La doctrina ha establecido criterios como los de cuota de mercado (absoluta y relativa), la estabilidad y volatilidad históricas de las cuotas de mercado, la potencia económica y comercial de los competidores, las ventajas competitivas, el grado de integración vertical y dominancia en mercados conexos, la expugnabilidad del mer-

---

<sup>64</sup> Cfr. AA.VV.: *The Use Case Observatory A 3-year monitoring of 30 reuse cases to understand the economic, governmental, social and environmental impact of open data*, Oficina de la Unión Europea, Luxemburgo, 2022,

<sup>65</sup> Vid. SIVINSKI, G. et al: "Is big data a big deal? *Op. cit.*

<sup>66</sup> Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1983, Asunto *Michelin*, C-322/81.

<sup>67</sup> Sentencia del TJCE de 14 de febrero de 1978, Asunto *United Brands*, C-27/76.

<sup>68</sup> BROSETA PONT M. y MARTÍNEZ SANZ F: *Manual de Derecho Mercantil*, 24ª edición, Volumen 1, ed. Tecnos, 2017, p.177.

cado en el que opera y la ausencia de barreras de entrada, el poder compensatorio de la demanda y la aplicación de poderes reguladores<sup>69</sup>. Pero, en general, podemos distinguir dos tipos de posición dominante o abuso de poder: 1) los abusos de exclusión (impidiendo la entrada de nueva competencia o eliminando a la competencia que existe); y, 2) los abusos de explotación, mediante la utilización de prácticas discriminatorias o de vinculación de productos (precios predatorios, los contratos vinculados también llamados *tying agreements*, el estrechamiento de márgenes, *el bundling* o *mixed bundling*<sup>70</sup>, etc. De hecho, el recorte selectivo de precios, incluso cuando estos se mantienen por encima del coste y no son predatorios, puede ser contrario a la competencia por aplicar ventajas a clientes de otro competidor<sup>71</sup>.

En estos casos, las empresas investigadas deberán demostrar un criterio de mayor eficiencia económica (*efficiency defence*).

El "*data advantage*", como efecto indeseado del mercado, genera desequilibrios en la posición de mercado (*imbalances in market power*) produciendo condiciones abusivas contra las PYMES en la prestación de servicios o infraestructuras de datos (ej. datos en la nube). Este resultado se traduce en asimetrías que pueden conducir a reglas unilaterales en la contratación del servicio, así como en el acceso, uso y control de datos<sup>72</sup>.

La economía del dato depende de los efectos de red (*network effects*) y de las economías de escala. Cuanto mayor es el número de usuarios que tiene una plataforma, mayor es la rentabilidad que oferta para los anunciantes.

## 2. El control de las concentraciones de empresas

En los mercados digitales, una cuota de mercado amplia no implica, necesariamente, una situación anticompetitiva. La adquisición de datos ha servido como estímulo para cerrar macrooperaciones entre gigantes tecnológicos: *Microsoft/Linkein, Verizon/Yahoo, Facebook/WhatsApp y Google/DoubleClick*<sup>73</sup>. Con base en el art. 1 del

---

<sup>69</sup> Vid. MASSAGUER FUENTES, J. et. Al. (Dir.): *Comentario a la ley de defensa de la competencia*, 5ª ed., Civitas, 2017, Thomson-Reuters, Cizur Menor, pp. 181 y ss.

<sup>70</sup> Consistente en la venta de varios servicios o productos en un único paquete, o que ofrecen incentivos financieros para la compra de dos o más productos, muy frecuente en los productos de software. Véase una interpretación sobre el efecto restrictivo en relación con la inclusión del reproductor Windows Media player en Windows. Cfr. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la UE, de 17 de septiembre de 2007, Asunto *Microsoft Copr. c. Comisión*, T-201/04.

<sup>71</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), de 1 de julio de 2008, Asunto *Compagnie maritime belge, T-276/04*.

<sup>72</sup> Vid. OECD: *Handbook on Competition Policy in the Digital Age*, 2022. Disponible, en: <https://www.oecd.org/daf/competition-policy-in-the-digital-age/> (julio, 2023).

<sup>73</sup> Decisión de la Comisión, de 11 de marzo de 2008, en el asunto Google/Double Click; Decisión de la Comisión de 3 de octubre de 2010, Asunto M.7217, Facebook/WhatsApp; Decisión de la Comisión

*Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004*, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Estas plataformas, realizan cambios en sus condiciones de servicio y en su política de privacidad al incluir la posibilidad de vincular los números de teléfono de los usuarios cuando son absorbidas.

En otras ocasiones, la absorción se cierra antes de que una de la compañía experimente un extraordinario crecimiento en el mercado. Una de las dificultades que subyacen, precisamente, es la de calcular el coste de estas operaciones por el grado de opacidad y el valor agregado que generará el producto subyacente al producto subsistente. Estas operaciones tienen como presupuesto la adquisición de un volumen de datos que incrementará el volumen de negocio por encima del coste de transacción. Ahora bien, el *quantum* de la operación o la rentabilidad financiera que alcanza no son indicios tan relevantes como el tipo de concentración que emerge.

En el caso de concentraciones verticales (*vertical mergers*), las partes operan en un mercado ascendente o descendente al de la otra parte, por lo que la operación puede dar lugar a efectos coordinados o no coordinados. En estas operaciones es común encontrarse con la adquisición de datos que tienen un carácter complementario pero que resultan necesarios a la hora de desarrollar o mejorar un producto (Ej. *Google/ITA*, en el año 2011).

Por su parte, las concentraciones horizontales (*horizontal mergers*) se producen entre competidores directos. Emplazan a las partes en los mismos mercados, por lo que la operación puede derivar en creación o reforzamiento de una posición de dominio individual, efectos unilaterales o efectos coordinados<sup>74</sup>. En general, estas adquisiciones constituyen un riesgo mayor para la competencia en el sector (Ej. *Thomson/Reuters*, en el 2008).

Finalmente, en las concentraciones “conglomeradas”, las partes no se encuentran en mercados verticalmente relacionados ni en el mismo mercado del producto principal. Sin embargo, puede existir entre ellas una complementariedad que implique el ejercicio de un poder de mercado, obstaculizando o impidiendo el ejercicio de la competencia efectiva.

### 3. Criterios de sustitución del producto

La sustitución o “elasticidad” del producto expresa la sensibilidad de una variable frente a las variaciones que experimenta otra variable que la determina. La elasticidad del precio de bienes sustitutivos, se mide el grado de afectación a la ofer-

---

de 6 de diciembre de 2016, Asunto M. 8124, Microsoft/LinkedIn.

<sup>74</sup> Vid. U.S. Dep’t of Justice & Federal Trade Comm’n: *Horizontal Merger Guidelines*, §6.4, 2010. Disponible, en: <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010#6d> (julio, 2023).

ta y a la demanda del cambio en el precio de un producto o servicio. Pero ¿cómo medir esta elasticidad en mercados con productos y servicios a "precio cero"? En este caso, habrá que definir la "sustituibilidad funcional" basándonos en el uso y las características específicas del producto en cada sector. Conforme a la capacidad de comercialización del dato (ingresos publicitarios, repetitividad, volumen, potencial de predictibilidad, etc.). Por ejemplo, un paquete de datos en el mercado de seguros para analizar la probabilidad del riesgo asegurado. O en sectores bancarios, salud, transportes...

Para determinar esta magnitud surgen metodologías convenientes en los mercados digitales de "precio cero", que miden el resultado de dicha curva, como la *Small But Significant non Transitory Decrease in Quality test* (SSNDQ), que analiza cómo varían las preferencias de un consumidor ante un pequeño pero significativo y no transitorio decrecimiento de la calidad del producto<sup>75</sup>.

Como señalan P. CALLOL<sup>76</sup> y J. FRAMIÑÁN<sup>77</sup>, en España, la Comisión Nacional de los Mercados de la Competencia ha investigado a *IMS Health* por una denuncia de abuso de posición dominante al incluir condiciones contractuales en los acuerdos con proveedores de datos farmacéuticos que pueden evitar o dificultar la entrada de otros operadores ("*Sales Tracking Data*")<sup>78</sup>. Las cláusulas de cliente más favorecido han sido objeto investigaciones antimonopolio por parte de la Comisión Europea en relación con el sector de reservas hoteleras por parte de empresas como Booking.com o Expedia que tuvieron que renunciar a exigir condiciones de precios y disponibilidad en las reservas tan favorables como las ofrecidas, al menos, por los hoteles a otras plataformas de reservas de la competencia. La negativa de suministro a ceder datos no protegidos por derechos de autor es otra de las formas que pueden suponer un abuso de posición dominante<sup>79</sup>.

El análisis de la sustituibilidad del producto acepta varias aproximaciones, debiendo plantearnos cómo de probable resulta sustituir un dato o un paquete de

---

<sup>75</sup> Véase un análisis en, MANDRESCU, D.: "The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies: Considerations for Online Platforms", *CoRe* 4, 2018, pp. 244-258.

<sup>76</sup> Vid. CALLOL, P.: "*Datos en la Sociedad de la Información y Derecho de la competencia*", *Anuario de Derecho de la Competencia*, Civitas, enero de 2018, in totum.

<sup>77</sup> Vid. FRAMIÑÁN, J.: "Big data, consentimiento para tratar datos personales y Derecho de Defensa de la competencia", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 310, 2018.

<sup>78</sup> Este Asunto, finalizó con un proceso de terminación convencional (sin sanción), se refiere a las cláusulas de doble precio que conllevan una concesión de descuentos remunerados por la fidelidad de una empresa ante situaciones de dominación del mercado.

<sup>79</sup> Un ejemplo lo encontramos en el caso de Cegedim, proveedor líder de bases de datos de información médica, que se negó a vender su base de datos (OneKey) a clientes que usan Euris, un software de CRM que compite con el propio software CRM de Cegedim, situación que fue considerada como discriminatoria por la autoridad francesa de la competencia.

datos relevantes cuando son únicos en el mercado. Los Tribunales de EE. UU. han seguido un enfoque que difiere del realizado en Europa. Conforme a esta doctrina, en el país norteamericano no existe una norma que obligue a compartir el control o la propiedad de datos relevantes, aunque no se haya vendido datos comercialmente. Esta interpretación radica en una interpretación vetusta del Tribunal Supremo, con más de un siglo de antigüedad, según la cual, es factible decidir libre e independientemente con quién se quiere realizar negocios si la decisión está basada en una razón legítima<sup>80</sup>.

En Europa, a *sensu contrario*, se ha seguido la "*essential facility doctrine*" que impone una decisión en materia de competencia basada al derecho de propiedad intelectual; lo que implica que, en situaciones excepcionales, empresas que tienen una posición dominante en un mercado, tengan que proveer acceso a una licencia IPRs como requisito esencial para que un producto emergente pueda alcanzar una demanda potencial y adquirir una posición de competencia en mercados secundarios. Este enfoque, no obstante, debe ser completado en mercados de publicidad de determinadas plataformas que ofrecen servicios a coste cero (*Facebook y Whatsapp*).

#### **4. Ayudas de Estado a través de la cesión de datos a favor de terceros**

El denominado *Government to business (G2B) data sharing* puede suponer un tipo de ayuda de Estado contrario a la competencia. El grado de apertura de la información pública y la transparencia es una prioridad política en la Unión Europea desde hace años. Estos datos se consignan con dinero público y, por tanto, deben redundar en la sociedad.

La Directiva sobre Datos Abiertos, así como otra legislación específica, garantizan que el sector público facilite el acceso a los datos que se producen con dinero público. Especialmente, en favor de las PYME, la sociedad civil y la comunidad científica, en beneficio de evaluaciones independientes de las políticas públicas. Sin embargo, la funcionalidad de estos datos abiertos puede ser aprovechada geopolíticamente por terceros países en un momento de tensiones comerciales globales. Esta

---

<sup>80</sup> United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300, 307 (1919); Trinko, 540 U.S., 407–08 (“Compelling ... firms to share the source of their advantage is in some tension with the underlying purpose of antitrust law, since it may lessen the incentive for the monopolist, the rival, or both to invest in those economically beneficial facilities. Enforced sharing also requires antitrust courts to act as central planners, identifying the proper price, quantity, and other terms of dealing – a role for which they are ill suited. Moreover, compelling negotiation between competitors may facilitate the supreme evil of antitrust: collusion. Thus, as a general matter, the Sherman Act “does not restrict the long-recognized right of [a] trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal”).

falta de control, unido a la sensibilidad que pueden tener estos datos (por ejemplo, los relativos a la salud), genera contención por parte de la Unión Europea<sup>81</sup>.

## 5. Otras amenazas para la libre competencia

El comercio electrónico mejora la transparencia y la comparación de precios, perfeccionando los canales de venta (*free riding*). Incluso, puede facilitar la venta directa por parte de fabricantes y pequeños prestatarios, sin intermediarios, generando sus propias redes de distribución selectiva. No obstante, Internet introduce nuevas amenazas colusorias por su carácter anticompetitivo basado en el uso de los datos. Algunas de las más habituales, siguiendo a VALDÉS BURGUI<sup>82</sup>, son:

1. Restricciones en la libertad de establecer los precios de reventa en el caso de los intermediarios que compran para revender determinados productos.
2. Restricciones al comercio en otros Estados Miembros/“Geo-Blocking”: estas prácticas pasan por impedir el acceso a los sitios web desde localizaciones externas a un territorio, redirigir a los clientes a sitios diseñados para los individuos de su propio Estado, negarse a hacer envíos a un territorio o rechazar medios de pago de otro Estado miembros en las ventas online, restringiendo la libertad de bienes entre Estados miembros, salvo cuando estén justificadas por motivos fiscales, por las diferentes normas de protección al consumidor, etc. Este fenómeno, aun cuenta con escasa jurisprudencia hasta la fecha (vid. *Asunto Canett Furniture*)<sup>83</sup>.
3. Restricciones en el uso de plataformas de venta online y sistemas de distribución selectiva: situaciones derivadas de una posición dominante como la de Amazon o Ebay, cuando no están justificadas por razones técnicas y/o sanitarias, como en el caso de los productos farmacéuticos. En relación con estos casos, podemos destacar el Asunto Pierre Fabre<sup>84</sup>, en el que el TJUE concluye que la protección de la imagen de marca de un proveedor no puede justificar por sí misma la introducción de restricciones a la competencia en

<sup>81</sup> (Una estrategia de datos para Europa, p. 7 y ss.).

<sup>82</sup> Vid. VALDÉS BURGUI, A.: “La distribución de bienes de consumo ante los cambios tecnológicos. Tendencias en la práctica de los órganos de defensa de la competencia”, *Anuario de Derecho de la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pág. 3.

<sup>83</sup> El Reglamento 2016/0152, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las medidas contra el bloqueo geográfico y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad o del lugar de residencia o de establecimiento de los clientes en el mercado interior; sobre la base tres ideas a) la reglamentación del acceso a interfaces en línea; b) el acceso a productos y servicios; y c) la no discriminación por motivos relacionados con el pago.

<sup>84</sup> Cfr. Sentencia TJUE, de 13 de octubre de 2011, Asunto *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contra Président de l’Autorité de la concurrence contra Le Ministre de l’Économie de l’Industrie et de l’Emploi*, C-439/09.

un sistema de distribución selectiva, doctrina por lo general asumida por las autoridades nacionales. Los criterios interpretativos de esta Sentencia fueron perfilados en el *Asunto Coty*<sup>85</sup>, que analiza la venta de productos cosméticos a través de un sistema de distribución selectiva de productos categorizados como de lujo, en relación con su venta en la plataforma Amazon.

4. Restricciones en el uso de páginas de comparación de precios: cuando no obedezcan a restricciones de calidad y supongan una vía para impedir la comparación de productos. Nos referimos a plataformas como *Rastreator*, *Skyscanner*, *Trivago*, *Lastminute*, *Booking.com*, *Kayak*, y, por supuesto, *Google*, *Bing*, *Yahoo!*, *Amazon*, *Alibaba*, entre otras. Estas empresas cotejan datos de diversos proveedores, realizando una comparativa del precio y las características del servicio, reduciendo la asimetría de la información, y dinamizando los entornos competitivos donde operan. En general, prestan servicios beneficiosos para los consumidores que además disfrutan de un “servicio gratuito” (*fenómeno network effect*, donde el algoritmo de búsqueda aumenta su fiabilidad a medida que aumenta el número de usuarios). En estos casos, se debe controlar que el posicionamiento no esté condicionado a un pacto o contratación previa, aunque, en general se aplica un enfoque restrictivo a estas limitaciones, permitiendo la distribución selectiva siempre que no demuestre discriminación<sup>86</sup>.

En definitiva, la posibilidad de que se generen acuerdos restrictivos tiene que ver con la inmediatez y la accesibilidad de la información. Los sistemas dinámicos de precios (*pricing bots*) son aún demasiado opacos para las autoridades, por la evolución de los algoritmos y la mutabilidad de las condiciones del servicio que prestan, con acuerdos encubiertos (*facilitating practices*) o estrategias de alineación entre oligopolistas.

## VI. REFLEXIONES FINALES

Como se ha afirmado, el *Big data* no se puede convertir en el *Sampo*<sup>87</sup> de un círculo cerrado de empresas que aumenta su productividad rompiendo el equilibrio

---

<sup>85</sup> Cfr. Sentencia TJUE, de 6 de diciembre de 2017, *Asunto Coty Germany GmbH contra Parfumerie Akzente GmbH*, C-230/16.

<sup>86</sup> Vid. Oficina Federal de Cárteles de Alemania, *Asunto ASICS*, B2 98/11, de 26 de agosto de 2015. En este caso, la empresa de material deportivo Asics, con sede alemana, que impuso una prohibición total del uso de sitios de comparación de precios basándose en criterios cualitativos de la marca. Un caso similar fue el de Ryanair, que excluía a sus vuelos del comparador Skyscanner.

<sup>87</sup> En la mitología finlandesa, el SAMPO era una especie de molino mágico que producía grano, sal y oro. Su cobertura era una clara alegoría de la bóveda celestial, cubierta de estrellas; giraba en torno a un eje central que simbolizaba la columna que sujeta el mundo. Rebosante e inagotable, se relaciona con la cornucopia (el cuerno de la Abundancia).

competitivo del mercado. La gestión colaborativa debe permitir el desarrollo de un mercado de datos transparente y accesible, a través de una metodología actualizada.

La Estrategia Europea de Datos reduce la fragmentación normativa y las interpretaciones divergentes de los Estados miembros, potenciando los retos y oportunidades que plantea la nueva economía de los datos. El paquete de normas (*Big Five*) confiere mayor sistematicidad y coherencia a una regulación todavía compleja y por desarrollar.

Las personas ocupan el centro de gravedad de la Estrategia europea de datos, vigorizando la defensa de sus intereses y la protección de sus derechos. En este sentido, se promueve una economía de datos más justa, en la que los usuarios tengan derecho a controlar y utilizar los datos que producen. Ello también favorecerá la creación y diversificación de modelos de negocio dentro de la economía de datos.

Por su parte, las empresas se beneficiarán de una regulación más transparente y de la creación de nuevas oportunidades, con una redefinición, que será progresiva, de las reglas de la competencia; mejorando, sobre todo, el acceso y disponibilidad de datos (B2B). Esta regulación ofrecerá a las PYME más y mejores oportunidades de sobrevivir en una "piscina de tiburones" (*pool sharks*), introduciendo cláusulas y estipulaciones contractuales equilibradas en entornos competitivos.

En cuanto al sector público, se aprovechará de la mayor disponibilidad y utilidad de los datos (B2G). La supervisión nacional deberá compatibilizar sus funciones con las dispersas estructuras de responsabilidad existentes, requiriendo una presencia más activa en la autorregulación de mecanismos de supervisión, así como promoviendo la generación de datos abiertos y la reutilización de estos. La participación de las iniciativas debe propiciar estructuras de colaboración público-privadas, llevando a cabo una integración técnica y operativa que tenga en cuenta la realidad de países como Reino Unido, China o Estados Unidos, contra la que estas grandes empresas, indefectiblemente, deben competir; así como generar indicadores coherentes para calibrar el desarrollo en la economía de datos<sup>88</sup>.

El trabajo desarrollado se sustenta sobre las siguientes ideas fuerza:

1) La conveniencia de perfeccionar los instrumentos de regulación, vigilancia y supervisión que se vienen desarrollando en Europa desde el año 2016 y en el marco de la Estrategia Europea de Datos, para dar respuesta a las necesidades y cambios disruptivos que introduce el manejo de datos masivos en nuestra sociedad postmoderna.

---

<sup>88</sup> Véase, por ejemplo, la aplicación "Brújula: *Digital Compass*".

2) La necesidad de analizar el carácter precompetitivo del dato y, si la captación, explotación o almacenamiento de datos puede servir para crear, consolidar o extender una posición dominante del mercado.

3) La conveniencia de adaptar, conforme pone de relieve la doctrina, nuevas herramientas del Derecho *anitrust* que resultan más adecuadas para generar un nuevo equilibrio competitivo y operativo del mercado de datos, avanzando en metodologías jurídicas que permitan ajustar los estándares de medición (juicios de proporcionalidad técnica e inferencia de casos reales). Estos postulados, se deben sustentar sobre la base de instrumentos normativos y organizativos, en el ámbito de la supervisión, la vigilancia y el control, que deben servir a los poderes públicos para regenerar el sistema de incentivos de la "*workable competition*".

En el futuro, las agencias de la competencia deben verificar el dato en función, no ya de su volumen o su procedencia, sino de su capacidad para crear valor añadido e innovar productos y servicios. Esta metodología debe apoyarse en el carácter competitivo del dato, en sus relaciones de exclusividad, de sustituibilidad, o de capacidad para evitar abusos de posición dominante. Ello implica desarrollar un análisis renovado de las reglas de la competencia, sin espacios de estancamiento o atavismos.

La supervisión, vigilancia y control se ven dificultados por la opacidad y el dinamismo de los entornos tecnológicos, además de por el carácter no homologable de ciertas normas entre países. Un elemento trascendental será el grado de innovación y el desarrollo estratégico que tengan otras tecnologías asociadas a los datos. También en el desarrollo tecnológico de instrumentos de control. Especialmente, aquellas que tienen que ver con el *Deep Learning* y la Inteligencia artificial, que producirán avances exponenciales. Por su parte, las soluciones técnicas y legales son, y seguirán siendo cambiantes y complejas.

Finalmente, la función de los gobiernos consiste en evitar asimetrías y favorecer la competencia: generando riqueza, pero, también, seguridad jurídica y protección a los usuarios. Se debe proteger el mercado sin destruir los incentivos que genera la economía de datos. En última instancia, la industria de datos aporta progreso y bienestar social. Los árboles no solo no nos impiden ver el bosque, sino que, además, nos lo muestran.

## VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

AA.VV.: *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos*, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2010.

AA.VV.: *The Use Case Observatory A 3-year monitoring of 30 reuse cases to understand the economic, governmental, social and environmental impact of open data*, Oficina de la Unión Europea, Luxemburgo, 2022.

ALCARAZ, F.: "Mercados de doble cara (I y II)", *Blog New Deal*, 2017, disponible en: <https://blognewdeal.com/fuensanta-alcaraz/mercados-de-doble-cara-i-caracteristicas-y-estrategia/> (julio, 2023)

ASBROECK.V. B & CÉSAR.J & DEBUSSCHE.J.: *Big data-bigger contracts?*, 2016, disponible, en: <http://www.digitalbusiness.law> (julio, 2023).

BRÄUTIGAM, T. et. al: *EU regulation builds a fairer data economy The opportunities of the Big Five proposals for businesses, individuals and the public sector*, Sitra Working Paper, PunaMusta Oy, 2022. Disponible, en: <https://www.sitra.fi/app/uploads/2022/06/sitra-eu-regulation-builds-a-fairer-data-economy.pdf> (julio, 2023).

BROSETA PONT M. y MARTÍNEZ SANZ F: *Manual de Derecho Mercantil*, 24ª edición, Volumen 1, ed. Tecnos, 2017.

CALLOL, P.: "Datos en la Sociedad de la Información y Derecho de la competencia", *Anuario de Derecho de la Competencia*, Civitas, enero de 2018.

CASTILLO PARRILLA, J.A.: "Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD", *La Ley Mercantil*, núm.82, julio-agosto, 2021.

CRÉMER, J. et al.: *Competition policy for the digital era*, Directorate-General for Competition, European Commission, Brussels, 2019.

DEVIN, C. et al.: "The law and big data", *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Vol. 27, núm. 357, 2017.

ESCRIBANO CAÑAS, B.: "Dos proyectos de Reglamento europeos mantienen en vilo a la llamada economía de los datos de la Unión", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 937, Cizur Menor, 2018.

FRAMIÑÁN, J.: "Big data, consentimiento para tratar datos personales y Derecho de Defensa de la competencia", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 310, 2018.

GIL GONZÁLES, E.: *Big data, privacidad y protección de datos*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pág. 15

HERNÁEZ ESTEBAN, E.: "Inteligencia artificial y vehículos autónomos: el régimen de la responsabilidad civil ante los nuevos retos tecnológicos", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, num.48, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

HERRERO SUÁREZ, C.: "Big data y derecho de la competencia", *Revista electrónica de Direito*, Vol. 18, núm. 1, 2019, pág. 667.

KENNEDY, J.: "The Myth of Data Monopoly: Why Antitrust Concerns About Data Are Overblown", *Information Technology & Innovation Foundation*, marzo, 2017. Disponible, en: <https://www2.itif.org/2017-data-competition.pdf> (julio, 2023).

KENNETH C.: 'Data, data everywhere' *The Economist* (London, 25 February 2010): <http://www.economist.com/node/15557443> (julio, 2023).

LUNDQVIST B.: "Standarization for the Digital Economy; the issue of Interoperability and Access under Competition Law", *The Antitrust Bulletin*, 2017, Vol. 62, núm. 4, págs. 710-725.

MAHNKE, R.: "Big Data as a Barrier to Entry", *CPI Antitrust Chronicle*, mayo de 2015. Disponible, en: <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/Mahnke2May-152.pdf> (julio, 2023)

MANDRESCU, D.: "The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies: Considerations for Online Platforms", *CoRe 4*, 2018.

MARTÍNEZ MORIEL, I.: "TrustPid o la denominada "supercookie europea": necesaria interacción entre el Derecho de la Competencia y la Protección de Datos para el desarrollo del Mercado Digital", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 995/2023.

MASSAGUER FUENTES, J. et. Al. (Dir.): *Comentario a la ley de defensa de la competencia*, 5ª ed., Civitas, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2017.

MAYER-SCHÖNBERGER, V. & CUKIER, K.: *Big data la revolución de los datos masivos*, Ed. Turner, Madrid, 2017.

NEWMAN, N.: "Search, antitrust, and the economics of the control of user data", *Yale Journal of Regulation*, 31, 2014.

MAIMON, O. y ROKACH, L.: *Data Mining and Knowledge Discovery Handbook*. Springer, New York, 2005.

OECD: *Handbook on Competition Policy in de Digital Age*, 2022. Disponible, en: <https://www.oecd.org/daf/competition-policy-in-the-digital-age/> (julio, 2023).

PAREJO ALFONSO, L.J.: *La vigilancia y la supervisión administrativas: un ensayo de su construcción como relación jurídica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

REIG FABADO, I.: "La adaptación del Derecho de competencia europeo en la era digital: algunos aspectos de la propuesta legislativa para las grandes plataformas digitales", en CASTELLÓ PASTOR, J.J. (Dir.): *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2021.

ROSELLÓ RUBERT, F.M.: "Cloud computing para el pequeño empresario turístico: problemática contractual", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, num.49, Cizur Menor, 2019.

RUBINFELD, D. y GAL, M.: "Access Barriers to Big Data", *Arizona Law Review*, 2017. Disponible, en: <https://arizonalawreview.org/pdf/59-2/59arizrev339.pdf> (julio 2023).

SAMANIEGO, J.F.: "Big data" para desentrañar el futuro de Europa, 2018, disponible, en: <https://www.nobbot.com/big-data-en-europa/> (julio, 2023).

SIVINSKI, G. et al: "Is big data a big deal? A competition law approach to big data", *European Competition Journal*, 2017, Vol. 13, núm. 2-3, 199-227, [tps://doi.org/10.1080/17441056.2017.1362866](https://doi.org/10.1080/17441056.2017.1362866)

SOKOL, D./COMERFORD, R.: "Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data? *Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech*, Cambridge University Press, 2016, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2723693> (julio, 2023).

VALDÉS BURGUI, A.: "La distribución de bienes de consumo ante los cambios tecnológicos. Tendencias en la práctica de los órganos de defensa de la competencia", *Anuario de Derecho de la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

VALERO TORRIJOS, J.: "El régimen jurídico de los datos de alto valor: dificultades y retos para su aplicación práctica", en VALERO TORRIJOS, J. y MARTÍNEZ GUTIERRES, R. (Dir.): *Datos abiertos y reutilización de la información del sector público*, Comares, Granada, 2022, págs. 81 y ss.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: "Titularidad y responsabilidad en la economía del dato", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 46, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

ZLOTNIK, A.: "Inteligencia Artificial en las Administraciones Públicas: definiciones, evaluación de viabilidad de proyectos y áreas de aplicación", *Boletín*, núm. 84, 2019.



# Plataformas digitales: Ejes de su regulación en favor de la defensa de los derechos de los ciudadanos<sup>1</sup>

*MABEL LÓPEZ GARCÍA*

Profesora Contratada Doctora

Universidad de Málaga

Mabel@uma.es

SUMARIO: I. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y SU MARCO REGULATORIO EN LA UE. II. OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMA. 1. En atención al sujeto que participa en la prestación del servicio A. Operadores de redes B. Prestadores de servicios de intermediarios. Especial referencia al prestador de servicios de plataformas en línea. C. Destinatarios de los servicios de plataforma en línea 2. En atención a los riesgos por el uso de infraestructuras técnicas en la prestación del servicio. III. CUESTIONES REGULATORIAS ESPECÍFICAS EN ATENCIÓN AL SERVICIO OFRECIDO. PARTICULARIDADES DEL SECTOR AUDIOVISUAL. 1. Los servicios de comunicación audiovisual que se ofrecen a través de plataforma. 2. Los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El desarrollo de las plataformas digitales ha supuesto una revolución en la prestación de los servicios. La reflexión sobre la necesidad de trasladar los valores y principios de una sociedad democrática al contexto de la convergencia digital ha tomado fuerza en los últimos años. Este trabajo pretende ser una aproximación a las respuestas que ofrece el ordenamiento para desplegar las estrategias administrativas en el nuevo modelo de prestación de servicios que nos ofrece internet y generar una reflexión con la que encontrar posibles soluciones a las quiebras en la salvaguarda del orden público y la vulneración de los derechos fundamentales.

---

<sup>1</sup> El trabajo es resultado de la investigación realizada en el marco del Proyecto de Investigación de Excelencia PID2021-124031NB-C42 “La digitalización al servicio de la descarbonización de la actividad económica: desafíos jurídico-administrativos”, Ministerio de Ciencia e Innovación..

**PALABRAS CLAVES:** Plataformas en línea, límites y obligaciones, protección de derechos

**ABSTRACT:** The development of digital platforms to has revolutioniza the provision of services. many people have reflected on the need to translate the values of democratic society to context of digital convergence in recent years . This work aims to be an approach to the responses offered by the legal system to deploy administrative strategies in the new model of service provision offered by the Internet and generate a reflection with which to find possible solutions to bankruptcies in the safeguard of public order and the violation of fundamental rights

**KEYWORDS:** On line platforms, limits and obligations, protection of rights

## I. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y SU MARCO REGULATORIO EN LA UE

“Nada grande entra en la vida de mortales sin una maldición” pronunciaba Sófocles y de lo que se hace eco Jeff Orlowski en su película documental “El dilema de las redes sociales” (2020), una obra de docuficción que ha sido elogiada por detallar con un lenguaje sencillo las consecuencias del consumo a través de redes sociales y los instrumentos que aseguran a los propietarios de las redes el control sobre el usuario; aunque igualmente criticada por ofrecer un mensaje sensacionalista en el que se obvia por completo opiniones contrarias y sin ofrecer respuestas al gran problema del nuevo modelo socioeconómico actual<sup>2</sup> en el que la provisión de prácticamente cualquier bien o servicio físico depende de una u otra forma de plataformas digitales, ya sean plataformas que facilitan el intercambio de opiniones, contenidos educativos, servicios audiovisuales u otro tipo de productos...

El concepto de plataformas digitales es ambiguo y engloba desde un punto de vista técnico múltiples posibilidades, que requieren de una ordenación jurídica que garantice la seguridad y confianza en ellas. Instagram, Facebook, Twitter, WhatsApp, Genially, Spotify, Netflix, Amazon, Bizum... son comunes en nuestro día a día, pero no todas las plataformas ofrecen los mismos servicios, cada una traslada a un nuevo contexto realidades y fenómenos jurídicos que existían antes de la revolución digital: las reuniones en la plaza del barrio, las comunicaciones por carta, los trabajos para el colegio, escuchar música, el visionado de películas, las compras y la entrega de dinero en metálico... entre muchos otros.

---

<sup>2</sup> Sobre el debate que en ella se plantea realiza una interesante reflexión GONZÁLEZ-MENESSES GARCÍA-VALDECASAS, M.: “El lado oscuro de las redes sociales” en *El notario del s.XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid*, n° 95, 2021, p.78-83.

El término plataforma proviene del francés *plate-forme*, se refiere a un plano de tierra que se encuentra elevado del suelo y que funciona de soporte de personas o cosas. Sobre esa idea se fundamenta el significado que damos actualmente al término. En líneas generales podemos entender que una plataforma es una entidad que conecta individuos y organizaciones para un propósito común o para compartir un recurso común, su actividad requiere de operadores de redes y prestadores de servicios de intermediación, a los que luego nos referiremos; el valor de la plataforma reside en su capacidad para gestionar datos (información) en las interacciones entre usuarios al ofrecer bienes o servicios<sup>3</sup>.

Resulta esencial distinguir entre los grupos que las utilizan y a los que se dirigen las plataformas (empresa, consumidor, trabajador, usuario, menores), a su objeto y a si la configuración de la plataforma es de código abierto o cerrado, por ejemplo. Todo ello afecta al tipo de relación que se establecen entre los sujetos, así como a la seguridad en la prestación del servicio y justifican la imposición de determinados estándares de control que reduzcan el riesgo y salvaguarden los derechos<sup>4</sup>. Sin embargo, y con independencia de dichas particularidades, las plataformas digitales tienen unos elementos comunes que requieren de una estructuración jurídica uniforme y segura.

Esto exige delimitar conceptos, entender las infraestructuras y trasladar con las modificaciones necesarias para su eficacia los preceptos normativos que garantizan la satisfacción de los derechos fundamentales en una sociedad democrática<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Atendemos aquí a la síntesis realizada sobre el concepto por CANALS, A. Y HULSKAMP, I “Plataformas digitales: fundamentos y una propuesta de clasificación”, *Revista de Economía, empresa y sociedad Oikonomics*, n°14, 2020, p.4.

<sup>4</sup> Con un enfoque diferente al que aborda este estudio, pero como particular ejemplo del impacto del uso de las plataformas en las relaciones cabe citar, entre otros, CASTILLO RAMOS-BOSSINI, SUSANA, E.: “Puntos de acceso electrónico, registro electrónico y carpeta ciudadana”, en CASTILLO BLANCO, F.A.; CASTILLO RAMOS-BOSSINI, S.A.; FERNÁNDEZ RAMOS, S.; PÉREZ MONGUIÓ, J.M.: *Las políticas de buen gobierno en Andalucía II: Digitalización y Transparencia*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2022, p. 79-115; CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “El ejercicio de los poderes empresariales mediante algoritmos”, *Revista Jurídica de Asturias*, n°45,2022, p.125-155; MIRANZO DÍAZ, J.: “El régimen jurídico de las plataformas de contratación pública en España. Especial referencia a los conflictos competenciales y a su incidencia en el Derecho de la Competencia” en *Revista catalana de Dret Públic*, núm.64, 2022, p.140-157; RUIZ HIDALGO, C Y SIOTA ÁLVAREZ, M.: “La colaboración de las plataformas digitales en la aplicación y en la recaudación de los tributos” en *THEMIS: Revista de Derecho*, n°79, 2021, p. 175-192.

<sup>5</sup> A este respecto, en julio de 2021, la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital publicó conforme al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, la Carta de Derechos Digitales que sin gozar de carácter normativo actúa como marco de referencia en España. En la Carta se perfilan los derechos fundamentales más relevantes a considerar y se describen derechos instrumentales auxiliares de los primeros remitiendo en todo momento al ordenamiento jurídico vigentes y en particular a lo establecido en la Ley Orgánica del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la Ley Orgánica reguladora del derecho de rectificación, la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, la Ley General

A muchas de estas cuestiones ha intentado dar respuesta la UE con la aprobación de la llamada Ley de Servicios Digitales (LSD), es decir, el Reglamento UE 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado de servicios digitales que entró en vigor en noviembre de 2022 y que será de aplicación a partir del 17 de febrero de 2024<sup>6</sup> sobre la base de la competencia reconocida en el art.114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La LSD, de aplicación directa en España, asienta los pilares que permiten controlar los riesgos que ha supuesto el desarrollo tecnológico y la prestación de servicios en la red Internet. Para ello pone el foco de atención, precisamente, en los servicios de intermediación cuya existencia deriva de la propia estructura de funcionamiento de Internet.

Orientada a la actividad de los prestadores de servicios intermediarios, la LSD es, sin duda alguna, una norma ambiciosa que atiende a fijar los límites generales que garanticen un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza. La LSD delimita el concepto de “contenido ilícito” de manera amplia para abarcar la información (datos) que por sí sola o en relación con una actividad incumple el Derecho de la Unión<sup>7</sup>; refleja a grandes rasgos las normas vigentes fuera del entorno digital, prestando atención a las órdenes de actuación contra contenidos ilícitos en contextos transfronterizos, que suelen ser los habituales en el entorno digital.

Esta norma se complementa respecto de la actividad específica de los mercados con la Ley de Mercados Digitales (LMD), es decir, el Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital que entró en vigor en octubre de 2011 y será de aplicación a partir del 25 de junio de 2013<sup>8</sup>.

---

de Telecomunicaciones, la Ley General de Comunicación Audiovisual y la Ley de Trabajo a Distancia. Nos remitimos aquí para una profundización mayor sobre el alcance de la Carta de Derechos Digitales a GONZÁLEZ RÍOS, I: “La Carta de Derechos Digitales y su reflejo normativo: hacia la humanización de la digitalización” en GONZÁLEZ RÍOS, I. Y ÁVILA RODRÍGUEZ C.M.: *Estudios jurídicos interdisciplinarios sobre justicia relacional y servicios de interés general (vol. II) Digitalización y protección ambiental*, Thomson Reuters Aranzadi, 2023; COTINO HUESO, L.: *La Carta de Derechos Digitales*, Tirant lo Blanch, 2022.

<sup>6</sup> DOUE L 277/102, de 27 de octubre de 2022. En desarrollo del mismo se aprueba el Reglamento de Ejecución (UE) 2023/1201 de la Comisión de 21 de junio de 2023 relativo a las disposiciones detalladas para la tramitación de determinados procedimientos por parte de la Comisión con arreglo al Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo (“Ley de Servicios Digitales”) DOUE L 159/51 de 22 de junio de 2023.

<sup>7</sup> Vid. CASTELLÓ PASTOR, J.J.: Nuevo régimen de responsabilidades de los servicios digitales que actúan como intermediarios a la luz de la propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales en CASTELLÓ PASTOR, J.J. (Dir.): *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi -Thomson Reuters, 2021, pp. 38-77.

<sup>8</sup> DOUE L 265/1, de 12 de octubre de 2022.

La LMD que atiende a las peculiaridades de los mercados en la sociedad digital<sup>9</sup>, igualmente se centra en los prestadores de servicios de intermediación pero en cuanto empresas que operan como punto de contacto entre los sujetos que participan en el mercado y las consecuencias que conlleva. Sobre esta premisa la LMD configura jurídicamente la figura del guardián de acceso, haciendo recaer en ellos el cumplimiento de determinadas obligaciones cuyo incumplimiento va a ser controlado por la Comisión Europea<sup>10</sup>. La mayoría de estas obligaciones buscan evitar conductas de competencia desleal.

Las normas comunitarias citadas tienen la gran virtud de ofrecer las herramientas para que los límites que garantizan la satisfacción de los derechos se hagan efectivos conforme a la premisa de que la libertad de uno se termina dónde empieza la de los demás. Asume en este punto que la responsabilidad para garantizar un entorno en línea seguro y digno de confianza recae en los prestadores de servicios intermediarios o de intermediación, a quienes podemos definir inicialmente y en términos generales como prestadores de una actividad que se desarrolla en el entorno digital y que consiste en un servicio de mera transmisión, memoria cache o alojamiento de datos<sup>11</sup>. Precisamente, nos referimos a una concreción específica de esta actividad cuando hablamos de plataformas digitales o plataformas en línea.

La LSD utiliza el término de plataformas en línea y las define como una subcategoría de servicios de intermediación que abarca tanto redes sociales como plataformas que permite a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes<sup>12</sup>. Expresamente las define como un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información (datos) al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio (art.3.i LSD).

---

<sup>9</sup> Sobre las particularidades de los mercados en la sociedad digital y su necesaria regulación más allá de las cuestiones competenciales se pronuncia con interesantes reflexiones PASCUAL, J.J, Y FINGUER, M.: La regulación de las plataformas digitales como industrias en red, *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, núm. 9, 2022, pp. 1-27.

<sup>10</sup> En este punto nos remitimos a algunos de los estudios elaborados por la doctrina: OLMEDO PERALTA, E.: Redefiniendo el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales ¿a quién?, ¿cómo? Y ¿para qué? En VARIOS: Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial III, Comares, 2022, pp.87-116. ORTEGA LOURDES: El nuevo reglamento europeo de mercados digitales: regulación de las plataformas digitales en el nuevo entorno tecnológico, *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, n°10, 2022, pp.72-101.

<sup>11</sup> Art. 3.g) LSD. Este concepto de prestadores de servicios de intermediación se matiza en diferentes normas en atención a su actividad dentro de los mercados, de ahí que la LMD remita a la definición dada por el Reglamento (UE) 2019/1150 que modifica y que a su vez remite a la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo en la que se hace referencia expresa al objetivo de los servicios de intermediación de facilitar el inicio de transacciones directas (art. 2.2 LMD).

<sup>12</sup> Vid. Considerando 13 de la LSD.

De este modo, el concepto de “difusión al público” constituye un elemento esencial. Es más, ante una posible duda de los supuestos excepcionados, la norma en su considerando 13 y 14 precisa cuando debemos entender que no hay “difusión al público” y por tanto no serían aplicables las obligaciones establecidas para los prestadores de plataformas en línea. Expresamente y sin que ello sea óbice para incluir otros supuestos, la LSD cita como servicios excluidos de la aplicación de la norma a:

a) Los servicios de comunicaciones interpersonales como los correos electrónicos o los servicios de mensajería privada ya que se utilizan para la comunicación interpersonal entre un número finito de personas determinado por el remitente de la comunicación. Siendo esencial para tal consideración que el remitente sea un ser humano que escoge y decide quién es el destinatario de la información<sup>13</sup>.

b) Los servicios de alojamiento de datos cuando la difusión al público sea meramente accesoria, siempre y cuando no se haya integrado como tal para eludir la aplicación de las disposiciones aplicables a las plataformas en línea<sup>14</sup>.

c) Los servicios infraestructurales de almacenamiento y computación para una aplicación basada en internet, un sitio web o una plataforma en línea, en tanto no deben ser considerados en sí mismos servicios de difusión al público de la información almacenada o tratada a petición de un destinatario de la aplicación.

Todo ello sin perjuicio de las consideraciones que al respecto se hacen en la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual<sup>15</sup> para la difusión de contenidos audiovisuales, a lo que atenderemos específicamente en el último apartado.

---

<sup>13</sup> Definidos en la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (DO L 321 de 17.12.2018).

<sup>14</sup> Tal y como ejemplifica el Reglamento comunitario en su considerando 13: la sección de comentarios de un periódico en línea podría ser una característica de esta índole, cuando no quepa duda de que es auxiliar al servicio principal constituido por la publicación de noticias bajo la responsabilidad editorial del editor. En cambio, el almacenamiento de comentarios en una red social debe ser considerado un servicio de plataforma en línea cuando quede claro que no es una característica menor del servicio ofrecido, aunque sea accesorio a la publicación de las entradas de los destinatarios del servicio.

<sup>15</sup> Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que 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

## II. OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMA

### 1. En atención al sujeto que participa en la prestación del servicio

Tal y como hemos analizado, podemos concluir que las plataformas en línea no son un simple espacio de almacenamiento, sino que el término acota a la red internet para una prestación específica “el almacenamiento y la difusión de datos” que se materializa en la oferta de contenidos, productos, servicios y actividades.

Dicha apreciación exige que, dadas las características propias de la convergencia digital, resulte necesario atender a los diferentes sujetos implicados, sin desmerecer por ello la función específica que llevan a cabo los prestadores de servicios de intermediación. A este respecto, considero que conforme a una clasificación simplificada<sup>16</sup> se distingue entre:

1. Los responsables de la estructura que dan soporte al servicio: los operadores de redes.

2. Quienes ofrecen un servicio específico de la sociedad de la información consistente en el almacenamiento y difusión de unos datos (información, contenidos...) facilitados por el destinatario y a petición de éste: los prestadores de servicios de intermediación de plataforma.

3. Quienes utilizan una plataforma en línea solicitando que aloje información y se difunda: los destinatarios del servicio de plataforma en línea que comunican.

4. El público individualmente identificable al que se destina la información difundida en la plataforma en línea.

#### A. Operadores de redes

La LSD no hace referencia a los operadores de redes, no es ese su objeto sino la armonización de la prestación de servicios intermediarios, quedando la regulación de los operadores de redes sujeta a la competencia específica de cada Estado miembro en materia de telecomunicaciones y a las previsiones de la Directiva 2018/1972 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas<sup>17</sup>, así como a las distintas normas de armonización técnica.

<sup>16</sup> Sería posible realizar subdivisiones en la clasificación propuesta, pues podríamos diferenciar en función de la específica actividad o sector en el que realiza su actividad, atendiendo a las obligaciones concretas asignadas, tal y como se puede deducir a lo largo del trabajo.

<sup>17</sup> Directiva 2018/1972, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, DOUE L321/36 de 17 de diciembre de 2018.

La regulación de los operadores de redes se establece en España, de conformidad con el art.149.1.21 de nuestra Constitución, en la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel) cuyo objeto es mucho más ambicioso que el previsto en la directiva de comunicaciones electrónicas, la cual incorpora. A este respecto, la LGTel aborda los aspectos vinculados a la habilitación para actuar como operador, sus derechos y obligaciones, el servicio universal; además, el genérico concepto de telecomunicaciones, la instalación de equipos y sistemas, la interceptación legal de las comunicaciones, la conservación de los datos o la evaluación de conformidad de los equipos.

En el concepto de operadores de redes se incluye a la persona física o jurídica que suministra redes públicas<sup>18</sup> de comunicaciones electrónicas (sistemas de transmisión), a quienes prestan servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público (el servicio de acceso a internet, el servicio de comunicaciones interpersonales y los servicios consistentes en el transporte de señales) y quienes ofrecen servicios asociados que permitan o apoyen el suministro, la autoprestación o la prestación de servicios automatizada (los sistemas de acceso condicional y las guías electrónicas de programas, así como otros servicios tales como el servicio de identidad, localización...). Es común en la práctica encontrar operadores que llevan a cabo una de las actividades, dos o todas. La diferenciación en el objeto de la prestación afecta a las diferentes obligaciones de los operadores vinculadas a la específica actividad que realizan.

Con independencias de esas particularidades y las obligaciones concretas que se imponen al llamado operador con peso significativo en el mercado de referencia<sup>19</sup>, que no inciden directamente en el objeto de nuestro trabajo<sup>20</sup>, la LGTel detalla una serie de obligaciones generales para cualquier operador que incluyen tanto la obligación de suministrar información (art.9 LGTel) como la obligación de cumplimiento

---

<sup>18</sup> Es importante no confundir el término de red pública con la titularidad de la red. Todas las redes se definen como redes públicas en tanto se utiliza, en su totalidad o principalmente para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público y soporta la transferencia de señales entre puntos de terminación de la red. En este sentido los operadores tienen derecho a la ocupación del dominio público en la medida que ello sea necesario para la instalación de una red pública de comunicaciones electrónicas (art. 45 LGTel) y en conformidad con el cumplimiento de los requisitos para la obtención de permisos, autorizaciones o licencias relativos a las obras civiles necesarias para desplegar la red.

<sup>19</sup> Se define como tal al operador que, individual o conjuntamente con otros, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores que sean personas físicas (anexo II 46 LTel).

<sup>20</sup> Las obligaciones específicas de estos operadores (art.18 de la LGTel) que se suman a las obligaciones generales establecidas para cualquier operador, podemos clasificarlas en: Obligaciones de acceso a recursos específicos de las redes y su utilización (obligación de compartir la infraestructura); Obligaciones sobre el control de precios; Obligaciones contables; Obligaciones de no discriminación y transparencia.

de las normas técnicas establecidas reglamentariamente que garanticen la seguridad e integridad de las redes (art.10 LGTel), a lo que luego nos referiremos como obligaciones impuestas en atención al uso específico de una arquitectura técnica.

Además de ello, exige que los operadores de redes con carácter previo al inicio de su actividad notifiquen al Registro de operadores la prestación de un determinado servicio<sup>21</sup>, estableciendo como requisito ser nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o de otra nacionalidad cuando así esté previsto en los acuerdos internacionales que vinculen al Reino de España (art.6 LGTel), lo que facilita el control del cumplimiento normativo.

Sin embargo, la obligación de inscripción sólo nace cuando el servicio a prestar es un servicio de comunicaciones electrónicas disponibles al público o cuando la red a explotar sea una red pública de comunicaciones electrónicas, es decir cuando sobre la misma se presten servicios de comunicaciones disponibles al público, por lo que se exceptúa a quienes suministren redes y presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación<sup>22</sup> y a quienes estén interesados en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas interpersonales independientes de la numeración, que deberán notificar su actividad a efectos puramente estadísticos y censales (art.6.6. LGTel).

B. Prestadores de servicios de intermediarios. Especial referencia al prestador de servicios de plataformas en línea

Los prestadores de los servicios intermediarios son aquellos sujetos que prestan alguno de los siguientes servicios:

1. El servicio de mera transmisión de la información facilitada por el destinatario del servicio.

2. El servicio de memoria cache consistente en el almacenamiento autonómico, provisional y temporal de la información transmitida facilitada por el destinatario del servicio

3. El servicio de alojamiento de datos, que puede consistir en:

a) El mero almacenamiento de datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de éste.

b) Una plataforma en línea, definida como sabemos por el almacenamiento y difusión de información al público facilitada por el destinatario del servicio, salvo que esta característica sea menor y puramente auxiliar de otro servicio.

<sup>21</sup> Art. 7. LGTel. Registro de operadores. Vid. <https://numeracionyoperadores.cnmc.es/operadores>

<sup>22</sup> Con carácter general el concepto tradicional de autoprestación supone la prestación de servicios por una entidad o Administración a sí misma o a sus empleados.

Todos los prestadores de los servicios de intermediación quedan sujetos a LSD, en la que se delimita el régimen de responsabilidades y se concretan una serie de obligaciones, pero además deben cumplir con las previsiones de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSI), que no ha sido derogada.

Conforme a la LSSI, la prestación del servicio no está sujeta a autorización previa, aunque ello no impide que se puedan establecer restricciones a la prestación del servicio<sup>23</sup> cuando se vulneren los principios de:

- a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.
- b) La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.
- c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y
- d) La protección de la juventud y de la infancia.
- e) La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.

La LSD persigue alcanzar un entorno seguro en la sociedad digital. En este sentido, exige a los prestadores de servicios intermediarios establecer un punto de contacto único que permita las comunicaciones con las autoridades estatales y europeas, así como con los destinatarios de los servicios (art.11 y 12 LSD); e incluir en sus condiciones generales restricciones en relación al uso de su servicio, considerando cualesquiera políticas, procedimientos, medidas y herramientas empleadas para moderar los contenidos, incluidas la toma de decisiones mediante algoritmos y la revisión humana; así como restricciones sobre las normas de procedimiento de su sistema interno de gestión de reclamaciones (art.14 LSD); e incluso suspender durante un período razonable y después de una advertencia previa la prestación de servicios a los destinatarios que proporcionen con frecuencia contenido ilícito (art.23 LSD); junto a otras específicas relacionadas con la contratación a distancia (art.29 y ss LSD)

Además de todo ello, y sin perjuicio del fomento de la elaboración de códigos de conducta voluntarios (art.45 LSD), la norma establece una serie de obligaciones adicionales de gestión de riesgos sistémicos derivadas del diseño y funcionamiento

---

<sup>23</sup> Conforme a lo establecido en la propia ley y la normativa comunitaria Art. 8 de la LSSI y Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información.

de los servicios, a la que nos referiremos en el siguiente apartado, que son exigibles a los prestadores de servicios de plataforma en línea de muy gran tamaño. A estos efectos, la designación como plataforma en línea de muy gran tamaño se llevará a cabo mediante decisión de la Comisión, previa consulta del Estado miembro de establecimiento, cuando tenga un promedio mensual de destinatarios del servicio activo igual o superior a cuarenta y cinco millones (art 33 y ss LSD)<sup>24</sup>.

La designación de plataforma en línea de muy gran tamaño no debemos confundirla con la designación, conforme a lo prevista en la LMD, de “guardián de acceso”. La designación prevista en la LMD añade obligaciones adicionales a las referidas hasta ahora, con el fin de asegurar un correcto funcionamiento del mercado, a aquellas empresas que con una gran influencia en el mercado interior ofrecen “servicio básico de plataforma”<sup>25</sup> y tienen una posición afianzada y duradera, por lo que respecta a sus operaciones, o es previsible que alcance dicha posición en un futuro próximo.

En cuanto al régimen de responsabilidad, se parte de la premisa de que el prestador de servicios de intermediación no es responsable de la información transmitida siempre y cuando: a) no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito o no sea consciente de hechos o circunstancias que pongan de manifiesto la actividad ilícita o b) cuando tenga conocimiento o sea consciente de ello, pero actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o bloquear el acceso a este. Aunque la LSD, en su art.6, incluye una importante excepcionalidad para los supuestos en los que:

- El destinatario del servicio de alojamiento de datos actúe bajo la autoridad o el control del prestador de servicio de alojamiento de datos.

- El servicio de alojamiento de datos se identifique con una plataforma en línea que permita que los consumidores celebren contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control.

---

<sup>24</sup> El 25 de abril de 2023, la Comisión Europea designó el primer conjunto de plataformas en línea de muy gran tamaño. Vid. Comunicado de prensa Comisión Europa, Bruselas, 25 de abril de 2023. En línea, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_23\\_2413](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_2413)

<sup>25</sup> a) servicios de intermediación en línea; b) motores de búsqueda en línea; c) servicios de redes sociales en línea; d) servicios de plataforma de intercambio de vídeos; e) servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración; f) sistemas operativos; g) navegadores web; h) asistentes virtuales; i) servicios de computación en nube; j) servicios de publicidad en línea, , incluidas las redes de publicidad, las plataformas de intercambio de publicidad y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria.

La norma comunitaria no impone ninguna obligación general de monitorizar la información ni de buscar activamente contenido ilícito considerándose que el conocimiento efectivo se produce cuando se recibe una orden de actuación por la autoridad judicial o administrativa nacional pertinente (art.8 y ss LSD); cuando se notifica por parte de un usuario la presencia de un contenido ilícito mediante un mecanismo previamente establecido por el propio prestador de alojamiento de datos (art.15 LSD) o, de acuerdo a lo que acabamos de exponer; cuando el destinatario del servicio actúa bajo la autoridad o el control del prestador de servicios de alojamiento de datos (art.6 LSD).

Además de lo expuesto, será necesario atender en cada caso a la regulación específica del sector que presta servicios a través de las plataformas en línea. Así, por ejemplo, si el servicio prestado es uno de los servicios que ofrecen contenidos audiovisuales se deberá cumplir con la LSSI y la LSD, pero además con la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual que establece la obligación de inscripción en el registro correspondiente y una serie de obligaciones concretas a fin de asegurar los derechos fundamentales y la protección de los menores.

Un claro ejemplo de este supuesto, sobre los que volveremos en el apartado III dada su singularidad, es la actividad realizada en Youtube, Twitch, Instagram, Tik-Tok... y a los que la normativa audiovisual se refiere como servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma. Pero también la actividad realizada en la plataforma Netflix, HBO o tantas otras a los que la Ley General de Comunicación Audiovisual acoge en el concepto de servicios de comunicación audiovisual a petición. En ellos se da la particularidad de que el prestador del servicio intermediario que es quien ofrece el servicio de plataforma digital en línea es a su vez el destinatario que aloja el contenido específico, ya sea contenido de producción propia o adquirido mediante la compra de derechos de autor de producciones ajenas.

### C. Destinatarios de los servicios de plataforma en línea.

Al referirnos a los destinatarios de los servicios de plataforma en línea resulta necesario retomar la distinción que puntualizamos al comienzo del apartado II entre:

- los destinatarios del servicio de plataforma en línea que realiza la acción de comunicar.
- el público individualmente identificable que se expone a la información alojada y difundida.

Y ello porque las obligaciones y régimen de responsabilidad difieren considerablemente entre uno y otro.

La LSD define conforme al concepto de destinatarios de los servicios de plataforma en línea a todos los sujetos que han utilizado una plataforma en línea, ya sea solicitando que aloje información o exponiéndose a la información alojada y difundida a través de su interfaz en línea (programa informático, incluidos los sitios web o partes de sitios web y las aplicaciones móviles), sin precisar nada más a excepción de los recordatorios de sujeción al Derecho de la Unión y al Derecho nacional<sup>26</sup>. Sin embargo, de la interpretación de la norma se desprende claramente que la responsabilidad sobre el contenido ilícito difundido a través de plataformas digitales en línea es responsabilidad del destinatario del servicio de plataforma en línea que realiza la acción de comunicar, es decir quien solicita que se aloje la información y se difunda, realizando implícitamente una diferenciación entre los destinatarios.

En el mismo sentido se ha manifestado la legislación sectorial. Así, en atención a la regulación que se recoge en la Ley General de Comunicación Audiovisual tan sólo los destinatarios (usuarios) del servicio de plataforma en línea que realizan la acción de comunicar quedan sujetos a un régimen específico de obligaciones.

## **B. En atención a los riesgos por el uso de infraestructuras técnicas en la prestación del servicio**

“La transformación digital no justifica ninguna excepción a los derechos y libertades... debería más bien aspirar a reforzar esos derechos y libertades”<sup>27</sup>. Un punto de partida que tanto la UE como España se han preocupado de reforzar a través de medidas concretas por las que se establecen obligaciones vinculadas a la propia arquitectura técnica necesaria en la prestación de los servicios.

Es este sentido, la nueva LSD concreta la obligación para los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño (todos ellos prestadores de servicios de intermediación) de detectar, analizar y evaluar con diligencia cualquier riesgo sistémico en la Unión que se derive del diseño o del funcionamiento de su servicio y los sistemas relacionados con este, incluidos los sistemas algorítmicos, o del uso que se haga de sus servicios (art.34 LSD)<sup>28</sup>. En esta evaluación se tendrán en cuenta los riesgos sistémicos por:

---

<sup>26</sup> Art. 3.p. en relación con el 3.n. y las previsiones del art.9 y 21 respecto de las órdenes de actuación contra contenidos ilícitos y la resolución extrajudicial de litigios en la LSD.

<sup>27</sup> COMISION EUROPEA, COM2022 27 final. Comunicación para la formulación de una Declaración Europea sobre los Derechos y los Principios Digitales para la Década Digital la necesidad de llevar a cabo una transición digital centrada en el ser humano. Bruselas, 26 de enero de 2022.

<sup>28</sup> La LSD especifica en el art. 34.2 que cuando se realicen evaluaciones de riesgos, los prestadores tendrán en cuenta: a) el diseño de sus sistemas de recomendación y de cualquier otro sistema algorítmico pertinente; b) sus sistemas de moderación de contenidos; c) las condiciones generales aplicables y su ejecución; d) los sistemas de selección y presentación de anuncios; e) las prácticas del prestador relacionadas con los datos.

- La difusión de contenido ilícito a través de sus servicios;
- Cualquier efecto negativo real o previsible para el ejercicio de los derechos fundamentales, en particular los relativos a la dignidad humana, al respeto de la vida privada y familiar, a la protección de los datos de carácter personal, a la libertad de expresión e información, incluida la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, a la no discriminación, a los derechos del niño y a un nivel elevado de protección de los consumidores. Todos ellos amparados por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE<sup>29</sup>;
- Cualquier efecto negativo real o previsible sobre el discurso cívico y los procesos electorales, así como sobre la seguridad pública;
- Cualquier efecto negativo real o previsible en relación con la violencia de género, la protección de la salud pública y los menores y las consecuencias negativas graves para el bienestar físico y mental de la persona.

A su vez, la LSD refiere la posibilidad de que la Comisión Europea publique directrices sobre buenas prácticas a fin de facilitar y asegurar el cumplimiento de estas obligaciones, dotando a la Comisión de funciones de órgano supervisor <sup>30</sup>(art. 35 y 36 LSD) y ello con independencia del fomento de la elaboración de códigos de conductas voluntarios y la obligación de los prestadores de plataforma de someterse, a su propia costa, a auditorías independientes (art. 37, 44, 45 LSD).

Todo ello se complementa en España con la regulación específica del derecho a la intimidad y protección de datos personales, así como con las obligaciones que se recogen en la Ley General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo a fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales ante los posibles riesgos.

En este sentido, la LGTel prevé expresamente en su art.58 que los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 de la Constitución, adoptando las medidas técnicas necesarias.

---

Especial atención merecen los algoritmos predictivos, sobre su alcance e incidencia vid. BERNING PRIETO, A.D. “La naturaleza jurídica de los algoritmos” en GAMERO CASADO (Dir.): *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, 2022, p.99 y ss.

<sup>29</sup> 2000/C 364/01. DOUE C 346/1 de 18 de diciembre de 2000.

<sup>30</sup> La LSD crea la figura del coordinador de servicios digitales al que se refiere en diferentes preceptos. El coordinador de servicios digitales será la autoridad competente en cada Estado para supervisar la aplicación de la norma actuando como el único punto de contacto con la Comisión y otros Estados miembro, siendo necesaria su coordinación y cooperación con el resto de las autoridades que en conformidad con el Derecho nacional tenga funciones específicas, como es el caso en España de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia, pero también de la Agencia Estatal de Protección de Datos.

Únicamente en el supuesto de las interceptaciones dispuestas en el art.588 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) se podrá producir una excepción. Previa autorización judicial<sup>31</sup> se facilitará al agente facultado para ello determinados datos, debiendo el operador poner todos los medios necesario para impedir la manipulación de los mecanismos de interceptación y garantizar la autenticidad, confidencialidad e integridad de la información obtenida<sup>32</sup>.

Directamente relacionado con esta cuestión se establece un plazo máximo de conservación de los datos<sup>33</sup> de doce meses, que reglamentariamente, y consultados los operadores, se pueda ampliar o reducir hasta un máximo de dos años o un mínimo de seis meses, tomando en consideración el coste del almacenamiento y conservación de los datos, así como el interés de los mismos para los fines de investigación, detección y enjuiciamiento de un delito grave<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Las interceptaciones podrán realizarse siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos: 1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; 2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; 3.º Delitos de terrorismo o 4.º Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación o servicio de comunicación (art. 588 ter a y 579 .1 LECr). Pudiendo afirmarse como ya apunto la Fiscalía General del Estado que las exigencias establecidas en nuestro ordenamiento son de las más estrictas en el ámbito del derecho comparado por la exigencia de autorización judicial que además debe estar motivada. (vid. Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones electrónicas).

<sup>32</sup> Los requisitos y especificaciones técnicas respecto de la interceptación legal de las comunicaciones se fijan en la Orden ITC/110/2009 de 28 de enero, por la que se determinan los requisitos y las especificaciones técnicas que resultan necesarios para el desarrollo del capítulo II del título V del reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. Sobre las garantías en la interceptación de comunicaciones vid. LÓPEZ BARAJA *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, La Ley, 2011, p.203.

<sup>33</sup> Conforme a la regulación prevista en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

<sup>34</sup> Esta es una cuestión bastante conflictiva sobre la que el TJUE se ha pronunciado con ocasión de la interpretación de la Directiva 2006/24/CE (vid. STJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros / STJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, Tele2 Sverige y Watson y otros) que establecía la obligación de los operadores de telecomunicaciones de «conservación generalizada e indiferenciada» de todos los datos de comunicaciones electrónicas de todos los usuarios, lo que en opinión del Tribunal suponía sobrepasar los límites que exige el respeto del principio de proporcionalidad, por lo que invalidó la Directiva que dejó de estar vigente en 2014. Tras la anulación de la Directiva los Estados mantienen la vigencia de sus normas, pero siempre que no suponga una conservación generalizada e indiferenciada sin limitación pues ello es contrario al Derecho Europeo. Sobre esta problemática se detiene la Sentencia del Tribunal Supremo 1519/2017, de 18 de abril, considerando que la exigencia de autorización judicial previa para la obtención de los datos, así como la limitación en el tiempo para la conservación prevista por nuestra normativa no conlleva la vulneración del derecho europeo (fojco 2º, ap. 2.6. Ponente: Juan Saavedra Ruiz) Vid. POLO ROCA, A.: La regulación sobre la conservación de datos en el sector de las comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones: estado de la cuestión, *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 33 (octubre). UOC, 2021 [Fecha de consulta: marzo de 2023] <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i33.373811>

Junto a la posible interceptaciones de comunicaciones el art.59 de la LGTel establece que la Administración de las telecomunicaciones deberá, para la realización de tareas de control del dominio público radioeléctrico<sup>35</sup>, diseñar y establecer sus sistemas técnicos de interceptación de señales de forma que se reduzca al mínimo el riesgo de afectar a los contenidos de las comunicaciones. Los contenidos de los que quede constancia por la interceptación técnica deberán ser destruidos inmediatamente o en el caso de que hubiera un expediente sancionador abierto mantenerse hasta la finalización del procedimiento, no pudiendo ser objeto de divulgación bajo ninguna circunstancia.

Continuando con las exigencias técnicas para garantizar la protección de los datos personales, la LGTel concreta en su artículo 60 la obligación para los operadores que den soporte a dispositivos de identificación y recopilación de datos de adoptar medidas técnicas y de gestión adecuadas para preservar la seguridad en el suministro de su red o en la prestación de sus servicios. Estas medidas podrán ser supervisadas por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) quien además formulará recomendaciones<sup>36</sup>. Será necesario a su vez atender a las previsiones del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (RPDP) y la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos (LOPD)<sup>37</sup>.

Continuando con la necesidad de garantizar la integridad y la seguridad de los servicios de comunicaciones electrónicas la LGTel recoge con carácter general que cualquier tipo de información que se transmita por redes de comunicaciones electrónicas podrá ser protegida mediante procedimientos de cifrado. No se establece aquí una obligación de cifrado con carácter general sino la posibilidad de que así se haga como medida para garantizar la seguridad e integridad de los servicios. La importancia del precepto radica en el reconocimiento del cifrado como instrumento de seguridad al convertir una información legible (texto plano) en un mensaje ininteligible para quien no posee la “clave” (el algoritmo) que permite descifrar el mensaje. En base a ello el Centro Criptológico Nacional promueve la elaboración y difusión

---

<sup>35</sup> Comprobación técnica de las emisiones, detección y eliminación de interferencias, inspección técnica de instalaciones, equipos y aparatos radioeléctricos, así como el control de la puesta en el mercado de éstos últimos (art.60 LTel).

<sup>36</sup> En la guía para la notificación de brechas de datos personales elaborada por AEPDA (2021) se informa de las directrices generales a efectos de facilitar a los responsables el cumplimiento de sus obligaciones. (consultada en marzo de 2023) <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-brechas-seguridad.pdf>. En ella se facilita también el acceso a diferentes recursos de ayuda elaborados por el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE).

<sup>37</sup> A este respecto, el art. 83 del RGPD prevé multas administrativas de hasta 10.000.000 € o hasta el 2% del volumen de negocio total global anual del ejercicio financiero anterior para responsables y encargados por el incumplimiento de medidas de seguridad en el tratamiento de los datos, así como por el incumplimiento del procedimiento establecido para la notificación de brechas de seguridad.

de guías de seguridad de las tecnologías de la información y las comunicaciones de acuerdo a lo reflejado en el Esquema Nacional de Seguridad que establece la política de seguridad en la utilización de medios electrónicos en el ámbito de la Administración Electrónica<sup>38</sup>.

Todas las medidas de seguridad se intensifican en el supuesto de las infraestructuras sobre las que descansa el funcionamiento de los servicios esenciales (infraestructuras estratégicas) así como de las infraestructuras cuyo funcionamiento es indispensable y no permite soluciones alternativas, por lo que su perturbación o destrucción tendría un grave impacto sobre los servicios esenciales (infraestructuras críticas).

De una parte, la Ley 8/2011, de 28 de abril por el que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas vinculadas a sectores estratégicos<sup>39</sup> exige la necesaria adopción y aplicación de diferentes planes de actuación: a) Plan Nacional de Protección de las Infraestructuras Críticas; b) Planes Estratégicos Sectoriales; c) Planes de Seguridad del Operador; d) Planes de Protección Específicos; e) Planes de Apoyo Operativo. Pero, además, el Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información, así como el Real Decreto 43/2021, de 26 de enero, por el que se desarrolla, concreta para los operadores de redes la obligación de aprobar unas políticas de seguridad de las redes y sistemas de información que deberán tomar como referencia el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica, en la medida en que sean aplicables<sup>40</sup>, y se basarán, cuando sea posible, en otros esquemas nacionales de seguridad existentes, atendiendo a los principios de seguridad integral, gestión de riesgos, prevención, respuesta y recuperación, líneas de defensa, reevaluación periódica y segregación de tareas.

Específicamente para la instalación, el despliegue y la explotación de comunicaciones electrónicas de quinta generación, el Real Decreto-ley 7/2022, de 29 de marzo, sobre requisitos para garantizar la seguridad de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas de quinta generación precisa normas especiales o adicionales a las existentes en otras leyes aplicables en materia de seguridad, atendiendo a la

---

<sup>38</sup> Vid. Real Decreto 311/2022 de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad.

<sup>39</sup> Administración, Espacio, Industria nuclear, Industria química, Instalaciones de investigación, Agua, Energía, Salud, Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Transportes, Alimentación y Sistema financiero y Tributario (Anexo. Ley 8/2011, de 28 de abril).

<sup>40</sup> Anexo II del Real Decreto 311/2022 de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad. BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2022.

Recomendación (UE) 2019/534 de la Comisión de 26 de marzo de 2019 de Ciberseguridad de las redes 5G<sup>41</sup>.

Una de las novedades más llamativas de la norma sobre seguridad en redes y servicios de comunicaciones electrónicas de quinta generación es la potestad reconocida al gobierno para calificar a determinados suministradores 5G<sup>42</sup> de alto riesgo, estando prohibido el uso de equipos, productos o servicios de suministradores de alto riesgo en elementos críticos de la red. Además, impone a los operadores la obligación de controlar su cadena de suministro, a quienes exige recabar de sus suministradores las prácticas y medidas de seguridad que han adoptado en los productos y servicios suministrados.

La calificación de un suministrador como suministrador de alto riesgo vendrá determinada por las garantías técnicas de funcionamiento y operatividad de sus equipos, productos y servicios. Para ello, se valorarán aspectos relativos al cumplimiento de normas o especificaciones técnicas, su verificación mediante esquemas de certificación, o la superación de pruebas o auditorías de seguridad realizadas por entidades independientes. Pero además para la calificación de alto riesgo se considerará la exposición a injerencias externas atendiendo a las relaciones o presión de terceros países en cuyo caso se valoran los acuerdos de cooperación en materia de seguridad, ciberseguridad, delitos cibernéticos o protección de datos firmados con el país tercero de que se trate, así como los tratados internacionales en esas materias de que sea parte dicho Estado, y el grado de adecuación de la normativa del tercer Estado sobre protección de datos personales a la normativa de España y la UE.

### III. CUESTIONES REGULATORIAS ESPECÍFICAS EN ATENCIÓN AL SERVICIO OFRECIDO. PARTICULARIDADES DEL SECTOR AUDIOVISUAL

Hasta aquí hemos referido con carácter general el marco regulatorio de la prestación de servicios a través de plataforma y hemos puntualizado la necesidad de referir la regulación específica cuando el servicio prestado a través de plataforma es un servicio audiovisual. Ello no se debe al mero capricho de quien escribe sino al hecho de que en la prestación de estos servicios es donde más fácilmente se producen riesgos sistémicos por la difusión de contenido ilícito; la vulneración de derechos relativos a

<sup>41</sup> DOUE L88/42 de 29 de marzo de 2019.

<sup>42</sup> “Fabricante, el representante autorizado, el importador, el distribuidor, el prestador de servicios logísticos o cualquier otra persona física o jurídica sujeta a obligaciones en relación con la fabricación de productos, su comercialización o su puesta en servicio en materia de equipos de telecomunicación, los suministradores de *hardware* y *software* y los proveedores de servicios auxiliares que intervengan en el funcionamiento u operación de redes 5G o en la prestación de servicios 5G” (art.3.f del Real Decreto-Ley 7/2022).

la dignidad humana, el respeto a la vida privada y familiar, la libertad de expresión e información, los derechos de los menores; el control del discurso cívico y los procesos electorales, entre otros.

Precisamente son estos mismos riesgos los que en parte justifican que originariamente el sector audiovisual se definiera en España como un servicio público de titularidad estatal y que el cambio de paradigma que impulsó la aparición de Internet<sup>43</sup> se tradujera en un nuevo régimen liberalizado en el que los servicios de contenidos audiovisuales son considerados servicios de interés general que podrán ser de titularidad pública o privada pero con una regulación exhaustiva de los límites en el ejercicio de la libertad de expresión e información conforme a la CE, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

Sin duda alguna, la regulación en este sector es muestra evidente de la relevancia de la actuación de las Administraciones para garantizar las libertades y el respeto de los derechos, así como la salvaguarda de colectivos vulnerables, pudiendo considerarse la antesala del modelo regulatorio en la sociedad digital.

La Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual de 2018 (DSCA)<sup>44</sup> al igual que la Ley General de Comunicación Audiovisual 2022<sup>45</sup> (LGCA), en la transposición que hace de ésta, consideran que es necesario establecer las "mismas reglas del juego para los diferentes actores que compiten en el sector" fijando una diferenciación en las obligaciones de acuerdo a la capacidad de control por parte de los prestadores. Un criterio básico que podríamos trasladar con los matices oportunos a cualquier otro ámbito.

De acuerdo con este criterio y conforme a las previsiones de la LGCA podemos establecer la siguiente clasificación en los servicios del sector audiovisual:

a) Los servicios de comunicación audiovisuales que se ofrecen conforme a un horario de programación y que se identifican con los medios de comunicación tradicionales en los que el control del prestador de servicios es prácticamente total<sup>46</sup>, sin que sea oportuno añadir aquí nada más al respecto al no identificarse con la prestación de servicios objeto de esta investigación;

---

<sup>43</sup> Vid. LÓPEZ GARCÍA, M: El régimen de Internet como medio audiovisual: su incidencia en la evolución del régimen de los medios audiovisuales, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 311, 2009. pp. 9-50.

<sup>44</sup> Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018. L 303/69 de 28 de noviembre de 2018.

<sup>45</sup> Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

<sup>46</sup> La norma se refiere a ellos como servicios de comunicación audiovisual lineales.

b) Los servicios que ofrecen contenidos audiovisuales a través de plataforma, en los que el usuario dispone de mayor capacidad de decisión sobre el contenido al que accede. A ellos y sus particularidades nos referimos a continuación distinguiendo entre:

b1. Servicios de comunicación audiovisual a petición para los que resulta necesario el uso de una plataforma digital que permite ofrecer el catálogo de programas.

b2. Servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, el nuevo modelo de comunicación que tiene su origen en las posibilidades que ofrece el desarrollo de internet a los "medios o redes sociales".

### **1. Los servicios de comunicación audiovisual que se ofrecen a través de plataforma**

Los servicios de comunicación audiovisual a través de plataforma son todo servicio ofrecido por un prestador, definido como prestador de servicios de comunicación audiovisual, que es quien ejerce el control efectivo sobre la selección de los contenidos y su organización en un catálogo de programas puesto a disposición del público que elige el momento de su visionado o su audición y cuya finalidad principal es informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales.<sup>47</sup>

Así, por ejemplo, son servicios de comunicación audiovisual a través de plataforma, los servicios ofrecidos por RTVEPlay, ATRESPlayer, Movistar +... que ofrecen un catálogo de programas con los contenidos que pueden haber sido difundidos conforme a un horario de programación en sus canales tradicionales o contenidos emitidos exclusivamente a través de la plataforma. Igualmente son servicios de comunicación audiovisual los contenidos de las nuevas plataformas digitales que únicamente emiten conforme a un catálogo de programas como Netflix, HBO, ... Tanto unos como otros, siempre que estén establecidos en España (art.3 LGCA), están sujetos:

- al cumplimiento de los principios generales de la comunicación audiovisual: dignidad humana, pluralismo, igualdad, veracidad de la información, respeto a los derechos en materia de propiedad intelectual... (art. 4 a 15 LGCA)

- a la obligación de inscripción en el registro de prestadores (art.37 LGCA)

---

<sup>47</sup> Interpretación conforme a los diferentes apartados del art.2 de la LGCA.

- a los límites en la emisión de contenidos previstos en la Ley aunque en ocasiones con ciertos matices diferenciadores dada las propias características técnicas de la difusión<sup>48</sup>.

Para finalizar en este punto es importante precisar que, como hemos dicho, para que un servicio esté sujeto a la Ley es necesario que el prestador de servicios de comunicación audiovisual se encuentre establecido en España (art.3 LGCA) aunque se prevé la posibilidad de que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia limite la recepción de servicios de comunicación audiovisual ofrecidos por un prestador establecido fuera de España cuando se produzcan determinadas infracciones que impliquen : incitaciones al odio; perjuicio en el desarrollo físico, mental o moral de los menores; detrimento de la salud pública; comisión de un delito de terrorismo; o perjuicio a la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional (art.44 y ss.). Así mismo y en tanto la LGCA supone la transposición de la normativa europea hay que tener en cuenta que todos los países miembros de la UE mantienen un régimen de obligaciones similar.

## 2. Los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma

La Ley toma la definición de servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma de la Directiva comunitaria de 2018 (DSCAV) pudiendo identificarse un servicio de intercambio de video a través de plataforma porque el prestador de la plataforma no tiene responsabilidad editorial y cumplen con los criterios siguientes, sin que sea necesariamente excluyentes entre sí:

- Servicios cuya finalidad principal consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas

- Servicios de carácter más amplio que ofrecen, entre otras cosas, una parte disociable cuya finalidad principal consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas

- Servicios cuya funcionalidad esencial<sup>49</sup> consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sin que pueda ser

---

<sup>48</sup> Por ejemplo, la prohibición de emitir determinados contenidos en una específica franja horaria carece de sentido en los servicios de comunicación audiovisual a los que se puede acceder conforme a un catálogo de programas.

<sup>49</sup> Dada la subjetividad que pudiera tener la aplicación del concepto de "funcionalidad esencial" en la transposición de la DSCA, la UE elaboró en su Comunicación de la Comisión UE de 7 de julio de 2020 las "Directrices relativas a la aplicación práctica del criterio de funcionalidad esencial de la definición de "servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma" en la que se establece una serie de indicadores que deberán tener en cuenta las autoridades nacionales al aplicar el criterio de funcionalidad esencial :

- La relación entre el contenido audiovisual y la actividad o actividades económicas principales del servicio.

meramente accesorio o constituir una parte mínima de las actividades del servicio en cuestión.

Sin duda el legislador europeo es buen conocedor de la evolución de las plataformas digitales y la transposición de la Directiva comunitaria por la LGCA se ha llevado a cabo intentando que nada que pudiera presumirse que está dentro de su objeto se mantuviera al margen, pues poco o ningún sentido tendría la protección de derechos que se establece en la LGA si quedara fuera de regulación la actividad de los usuarios que a través de las plataformas digitales han pasado a ofrecer contenidos audiovisuales con un impacto considerable en el conjunto de la sociedad - principalmente en los jóvenes-, y que además compiten por la misma audiencia que programas ofrecidos a través de servicios de comunicación audiovisual, con una considerable repercusión económica, y una finalidad similar a la de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual<sup>50</sup>.

Tal y como se recoge en la exposición de motivos de la LGCA, el objetivo no es regular los servicios de medios o redes sociales como tales que estarían actualmente bajo el paraguas normativo de la LSSI a lo hay que añadir las previsiones de la llamada LSD junto a todo lo expuesto hasta ahora en relación con los prestadores de intermediación. Sin embargo, las prestaciones de estos servicios están sometidas al cumplimiento de lo previsto en LGCA en la medida en que se puedan subsumir en la definición de “servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma”, entre otros los servicios ofrecidos a través de YouTube, Twitch, Instagram, TikTok...

Todos los prestadores del servicio de intercambio de video a través de plataforma deberán adoptar medidas para proteger a los destinatarios de los vídeos generados por otros usuarios y de las comunicaciones comerciales que inciten a la violencia, al odio, a la discriminación o supongan una provocación pública a la comisión de un delito. Además, deberán adoptar medidas para proteger a los menores de los contenidos que puedan perjudicar su desarrollo físico, mental o moral.

La previsión de la norma no queda en una mera declaración de intenciones. El art.89 precisa un listado de las medidas a tomar cuyo incumplimiento se tipifica

- 
- La pertinencia cuantitativa y cualitativa del contenido audiovisual disponible en el servicio.
  - La monetización del contenido audiovisual o la generación de ingresos a partir de este.
  - La disponibilidad de herramientas destinadas a mejorar la visibilidad o el atractivo del contenido audiovisual.

<sup>50</sup> A modo de ejemplo, los 3.3 millones de visualizaciones concurrentes a los que llegó la “Velada del año 2” en 2022, retransmitida en directo a través de la plataforma Twitch y que consistía en un evento de combates de boxeo entre creadores de contenidos organizado por Ibai Llanos como si se tratara de una competición deportiva profesional en el pabellón olímpico de Badalona con más de 10.000 localidades que salieron a la venta por precios que iban desde los 24€ las más económicas a los 250€ según la zona, y en la que se disfrutó de los combates, de entrevistas con los participantes y música en directo.

como infracción grave, a excepción del incumplimiento de la adopción de medidas que impidan el acceso a menores de escenas que contengan violencia gratuita o pornográfica que se tipifica como infracción muy grave.

El alcance y proporcionalidad de todas las medidas y su exigibilidad se podrán especificar reglamentariamente en función, entre otros, del volumen de usuarios, naturaleza de los contenidos o tipo de servicio ofrecido. A este respecto la propia LGCA establece previsiones concretas para los creadores de contenidos que sean usuarios de especial relevancia en el mercado audiovisual, definidos como tales a la vista de la inversión publicitaria y del consumo (*vlogger, influencers...*). En este supuesto asimila su marco jurídico al de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual respecto del cumplimiento de los principios generales de la comunicación audiovisual, la protección a los menores frente a contenidos perjudiciales, así como la imposición de determinadas obligaciones en relación con las comunicaciones comerciales y la necesaria inscripción en el Registro estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual (art.94 LGCA).

En cuanto al ámbito de aplicación de los límites y obligaciones previstos para los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, la LGCA se remite a las previsiones de la LSSI según la cual, serán de aplicación siempre que los prestadores están establecidos en España. Sin embargo, y precisamente dado que la prestación del servicio de intercambio de videos a través de plataforma se identifica con un servicio sujeto a la LGCA pero a su vez mantiene directa relación con los servicios de intermediación entiendo que sin perjuicio del principio de libre prestación es posible aplicar las restricciones a la prestación del servicio del art.8 LSSI que permite que se interrumpa la prestación o retirar los datos que vulneran los principios de salvaguarda del orden público, seguridad nacional, protección de la salud, respeto a la dignidad de las personas, protección de la juventud y la infancia y salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, tal y como expusimos en el apartado II.

### III. A MODO DE CONCLUSIÓN

El concepto de plataformas digitales es ambiguo y engloba desde un punto de vista técnico múltiples posibilidades que acotan la actividad de la red internet en una prestación específica: “el almacenamiento y la difusión de datos”. Lo que exige que de una parte resulte esencial delimitar responsabilidades y concretar quien sea el sujeto concreto que realiza la prestación del servicio de plataforma en línea, pero además dadas las propias características de la convergencia digital y con el fin de realizar una regulación que efectivamente atienda a la defensa de los derechos de los ciudadanos resulta esencial no obviar las obligaciones que debieran imponerse a los operadores de redes en cuanto son los responsables de la estructura que da soporte al

servicio y a los propios destinatarios de los servicios de plataforma en línea que son quienes solicitan que se aloje y se difunda la información (datos).

En un contexto en el que los límites transfronterizos dificultan el ejercicio del poder estatal, la Unión Europea ha asumido un papel esencial en la regulación y homogeneización de los principios jurídicos que marcan el desarrollo normativo en este ámbito creando una estructura administrativa en la que además de los Estados participan autoridades independientes con competencias de supervisión específicas.

En este sentido la LSD asienta los pilares que permiten controlar los riesgos que ha supuesto el desarrollo tecnológico y la prestación de servicios en la red al poner el foco de atención en la necesaria armonización de los servicios que facilitan el funcionamiento de la red internet: los servicios de intermediación, entre los que se identifican como una subcategoría los servicios de plataforma en línea. Como hemos visto la LSD establece medidas que conllevan desde el fomento de la elaboración de códigos de conductas a la obligación de que los prestadores de servicios de intermediación incluyan en sus condiciones generales restricciones al uso del servicio, o tengan un punto de contacto único que le permita establecer comunicaciones con las autoridades estatales y europeas y los destinatarios.

Pero, es más, se reconoce a los Estados y a la propia Comisión un papel importante como supervisores, de modo tal que con independencia de que la prestación del servicio no está sujeta a autorización previa, se puedan establecer restricciones por la vulneración de determinados principios y derechos expresamente reconocidos.

Todo ello sumado a las obligaciones impuestas a los operadores de redes y a los propios destinatarios de los servicios de plataforma en línea, responsables del “contenido ilícito” que pudiera almacenarse y difundirse a través de la plataforma.

Quisiera destacar el foco de atención que ponen los gobiernos y el legislador en las obligaciones específicas vinculadas a la propia arquitectura técnica necesaria en la prestación de los servicios, sin duda es una cuestión sobre la que aún se necesita reflexionar más y mejorar las respuestas del ordenamiento, pero la apuesta por intentar trasladar los valores y principios básicos de las sociedades democráticas al desarrollo tecnológico parece clara. Sin querer reiterar aquí la exposición de las páginas anteriores el otorgamiento de potestades al gobierno para clasificar a determinados suministradores 5G como suministradores de alto riesgo, es un ejemplo evidente de lo que acabo de decir.

A su vez, si tomamos como referencia la regulación del sector audiovisual en la actividad concreta llevada a cabo a través de plataformas digitales, y sin obviar que existen complicaciones en la aplicación efectiva dado el carácter transfronterizo de las actividades en la sociedad digital y que la imposición de obligaciones y límites

debe realizarse asegurándonos de conjugar todas las piezas del complejo puzle que conforman los diferentes derechos afectados, llego a la conclusión de que la apuesta por la regulación en favor de los derechos de los ciudadanos es la base para que a pesar de que “Nada grande entra en la vida de mortales sin una maldición” seamos capaces de sobreponernos a ella y seguir avanzando como sociedad.

## IV. BIBLIOGRAFÍA

BERNING PRIETO, A.D. “La naturaleza jurídica de los algoritmos” en GAMERO CASADO (dir.): *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, 2022, p.96-129.

CANALS, A. Y HULSKAMP, I “Plataformas digitales: fundamentos y una propuesta de clasificación”, *Revista de Economía, empresa y sociedad Oikonomics*, nº14, 2020.

CASTELLÓ PASTOR, J.J.: Nuevo régimen de responsabilidades de los servicios digitales que actúan como intermediarios a la luz de la propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales en CASTELLÓ PASTOR, J.J. (Dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2021, pp. 38-77.

CASTILLO RAMOS-BOSSINI, SUSANA, E.: “Puntos de acceso electrónico, registro electrónico y carpeta ciudadana”, en CASTILLO BLANCO, F.A; CASTILLO RAMOS-BOSSINI, S.A.; FERNÁNDEZ RAMOS, S.; PÉREZ MONGUIÓ, J.M: *Las políticas de buen gobierno en Andalucía II: Digitalización y Transparencia*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2022, p. 79-115.

CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “El ejercicio de los poderes empresariales mediante algoritmos”, *Revista Jurídica de Asturias*, nº45,2022, p.125-155.

COTINO HUESO, L.: *La Carta de Derechos Digitales*, Tirant lo Blanch, 2022.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: “El lado oscuro de las redes sociales” en *El notario del s.XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº95, 2021, p.78-83.

GONZÁLEZ RÍOS, I: “La Carta de Derechos Digitales y su reflejo normativo: hacia la humanización de la digitalización”. En GONZÁLEZ RÍOS, I. Y ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M.: *Estudios jurídicos interdisciplinarios sobre justicia relacional y servicios de interés general (vol II) Digitalización y protección ambiental*, Thomson Reuters Aranzadi, 2023.

LÓPEZ BARAJA: *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, La Ley, 2011.

LÓPEZ GARCÍA, M: El régimen de Internet como medio audiovisual: su incidencia en la evolución del régimen de los medios audiovisuales, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 311, 2009. pp. 9-50.

MIRANZO DÍAZ, J.: “El régimen jurídico de las plataformas de contratación pública en España. Especial referencia a los conflictos competenciales y a su inciden-

cia en el Derecho de la Competencia” en *Revista catalana de Dret Públic*, núm.64, 2022, p.140-157.

OLMEDO PERALTA, E.: Redefiniendo el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales ¿a quién?, ¿cómo? Y ¿para qué? En VARIOS: Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial III, Comares, 2022, pp.87-116.

ORTEGA LOURDES: El nuevo reglamento europeo de mercados digitales: regulación de las plataformas digitales en el nuevo entorno tecnológico, *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, nº10, 2022, pp.72-101.

PASCUAL, J.J, Y FINGUER, M.: La regulación de las plataformas digitales como industrias en red, *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, núm. 9, 2022, pp. 1-27.

POLO ROCA, A.: La regulación sobre la conservación de datos en el sector de las comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones: estado de la cuestión, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 33 (octubre). UOC, 2021.

RUIZ HIDALGO, C Y SIOTA ALVAREZ, M.: “La colaboración de las plataformas digitales en la aplicación y en la recaudación de los tributos” en *THEMIS: Revista de Derecho*, nº79, 2021, p. 175-192.



# COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA



# COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

## Propiedad versus biodiversidad (Perplejidades ante la doctrina argentina sobre la península de Magallanes)

*Fernando López Ramón\**

**SUMARIO:** 1. Un contexto de notables avances normativos y alarmantes carencias ejecutivas.- 2. Los vericuetos de la conservación de la península de Magallanes.- 3. La justicia hace prevalecer la propiedad sobre la conservación en los casos Coihue y Apen Aike.- 4. Sobre el alcance de la conservación en las áreas naturales protegidas y especialmente en la península de Magallanes.- 5. El derecho de propiedad y el deber de proteger la biodiversidad.- 6. Conclusión.-7. Bibliografía.

**RESUMEN. Propiedad versus biodiversidad.** El objeto del estudio es analizar los criterios sostenidos por la Corte Suprema argentina, en los casos Coihue y Apen Aike, sobre la relación del derecho de propiedad con la protección de la biodiversidad. Para ello, referiremos brevemente el régimen de las áreas naturales protegidas en el contexto del federalismo ambiental argentino, lo que nos permitirá comprender las complicaciones de la protección provincial de la península de Magallanes. A continuación, tras exponer las tesis sostenidas en las sentencias, manejaremos los argumentos que nos llevan a discrepar de la jurisprudencia en cuestión al considerar: *a)* que no había ninguna situación de incertidumbre sobre la prohibición de los desarrollos hoteleros y urbanísticos en el parque provincial; y *b)* que la función social del derecho de propiedad en las áreas naturales ha de vincularse a la protección de la biodiversidad, sin que su contenido esencial permita incluir utilidades no estrictamente agrarias.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de propiedad: función social y contenido esencial. Áreas naturales protegidas. Principio de conservación. Desarrollos turísticos y urbanísticos.

---

\* Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza. Agradezco las observaciones realizadas sobre el texto provisional por el prof. Ignacio de la Riva (Universidad Católica Argentina), sin perjuicio de reclamar la exclusiva responsabilidad por cuanto se contiene (u omite) en el texto. El trabajo forma parte del proyecto de investigación sobre “Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación para el período 2019-2022 (PGC2018-099237-B-I00), habiendo sido incluido en el volumen colectivo que recoge los resultados de dicho proyecto.

**ABSTRACT. Property versus Biodiversity.** *The purpose of the study is to analyze the criteria held by the Argentine Supreme Court, in the Coihue and Apen Aike cases, on the relationship of the right to property with the protection of biodiversity. To this end, we will briefly refer to the regime of protected natural areas in the context of Argentine environmental federalism, which will allow us to understand the complications of the provincial protection of the Magallanes Peninsula. Next, after presenting the theses supported in the judgments, we will handle the arguments that lead us to disagree with the jurisprudence in question by considering: a) that there was no situation of uncertainty about the prohibition of tourist and urban developments in the provincial park; and b) that the social function of the right to property in natural areas must be linked to the protection of biodiversity, without its essential content allowing the inclusion of non-strictly agricultural utilities.*

**KEY WORDS:** *Right to property: social function and essential content. Protected natural areas. Principle of conservation. Tourist and urban developments.*

## 1. Un contexto de notables avances normativos y alarmantes carencias ejecutivas

La política de conservación a través de áreas naturales protegidas tiene una larga trayectoria en Argentina. En el ámbito federal, sus inicios se remontan a 1903, cuando el perito Moreno donó a la Nación un territorio que constituiría el origen del futuro parque nacional de Nahuel Huapi<sup>1</sup>. Mediante la Ley 12103/1934, se estableció el régimen general de los parques nacionales, constituyéndose para su administración una institución autónoma denominada Dirección de Parques Nacionales<sup>2</sup>. Posteriormente, con la vigente Ley 22351/1980, se aprobó el sistema nacional de áreas protegidas gestionado por el ente autárquico llamado Administración de Parques Nacionales<sup>3</sup>.

En el ámbito provincial, el ejercicio de competencias en la materia parece haberse iniciado con las declaraciones del parque provincial de La Florida y de la reser-

---

<sup>1</sup> Con fecha 06/11/1903, Francisco Pascasio Moreno donó a la Nación con destino a parque nacional una superficie de 7.500 ha, procedente del territorio que se le había otorgado en recompensa por sus actuaciones como perito de límites entre Argentina y Chile (Ley 4192/1903, de 17 de agosto). En esa renuncia está el origen del parque nacional del Sur de 785.000 ha, declarado por Decreto de 08/04/1922, después denominado parque nacional de Nahuel Huapi (Ley 12103/1934).

<sup>2</sup> Ley de Parques Nacionales 12103/1934, de 29 de septiembre (BORA, 29/10/1934). Es en esta ley donde se crean los parques nacionales de Nahuel Huapi e Iguazú (art. 20).

<sup>3</sup> Ley de Parques Nacionales 22351/1980, de 4 de noviembre (BORA, 12/12/1980), donde se regulan los parques nacionales, los monumentos naturales y las reservas nacionales. El sistema nacional comprende también otras figuras de protección como las áreas marinas protegidas reguladas en la Ley 27037/2014, de 19 de noviembre (BORA, 16/12/2014). Resultan útiles los informes de gestión de la Administración de Parques Nacionales (2007) y de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sostenible (2018). En la doctrina jurídica, véanse: M. A. López Alfonsín (2015) y (2016) e I. M. de la Riva (2018).

va forestal de Aconquija, ambos en Tucumán (1936)<sup>4</sup>. Paulatinamente, muy variadas iniciativas territoriales han ido determinando nuevas declaraciones protectoras y también leyes conformadoras de sistemas provinciales de áreas naturales protegidas. No siempre, sin embargo, las proclamaciones oficiales acaban por tener una traducción práctica en las áreas declaradas, que en algunos casos llegan a caricaturizarse como “reservas de papel”<sup>5</sup>.

La separación competencial es propia del federalismo ambiental argentino. En el texto original de la Constitución de 1853, lo cierto es que la protección del medio ambiente no ocupaba ningún lugar, al igual que podía constatarse en el constitucionalismo comparado hasta el último cuarto del siglo XX. No obstante, la cláusula residual de competencia provincial (art. 101, actual art. 121: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal”) potenció, sin duda, el entendimiento limitado de las atribuciones nacionales para implicarse en las cuestiones ambientales. Tras la trascendental reforma constitucional de 1994, esos iniciales planteamientos se siguen advirtiendo todavía en la norma que confiere a las provincias “el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio” (art. 124).

No obstante, se han producido significativos esfuerzos de coordinación para la puesta en marcha del sistema federal de áreas naturales protegidas, que reúne informaciones sobre los hábitats integrados competencialmente en la red nacional y en las redes provinciales<sup>6</sup>. Otro mecanismo interesante de cooperación son los parques interjurisdiccionales, declarados y cogestionados por los correspondientes tratados

---

<sup>4</sup> La Ley de la Provincia de Tucumán 1646/1936 previó el destino a “parque provincial, reserva de fauna y flora y colonización” de la finca La Florida, cuya propiedad (9.882 ha) había sido adquirida por la misma Provincia. Por otra parte, en el origen del parque provincial de Aconquija, la Ley de la Provincia de Tucumán 1672/1936, de 3 de diciembre, previó la expropiación de 2.000 ha para “centros de veraneos”, en los que se formarían lotes enajenables de hasta 5 ha, estableciéndose también el destino de 500 ha para reserva forestal, aunque la superficie afectada fue menor.

<sup>5</sup> Así, en *Wikipedia* (consulta: 23/04/2022). En términos más técnicos, cabe citar la referencia de M. Giaccardi & A. Tagliorette (2007: 22-30), donde la medición de la efectividad del manejo de un total de 45 áreas protegidas se lleva a cabo conforme a variables y parámetros relativos a personal, infraestructuras y equipamientos, financiamiento, planificación, y aspectos político-institucionales, concluyéndose que “el 80,6% de dichas áreas, en su gran mayoría sujetas a la jurisdicción provincial, no poseen o tienen escasos recursos para satisfacer el manejo básico, presentando un serio riesgo para su permanencia y viabilidad a largo plazo” (*ibidem*: 84).

<sup>6</sup> El sistema federal de áreas naturales protegidas se constituyó en 2003 por acuerdo entre la Administración de Parques Nacionales, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable (hoy, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) y el Consejo Federal de Medio Ambiente. Canaliza la información proporcionada voluntariamente por las autoridades nacionales y provinciales, impulsando la coordinación de 533 áreas protegidas, con una superficie total de más de 40 millones de hectáreas, equivalentes al 14,45% del territorio nacional (*sifap.gob.ar*; consulta: 08/04/2022).

entre la Nación y las provincias interesadas<sup>7</sup>. Sin embargo, el carácter voluntario de ambas iniciativas condiciona el alcance real de sus logros, frecuentemente supeditados a discrepancias políticas ajenas o periféricas en relación con los graves intereses públicos implicados.

La vía más fructífera de coordinación parece ligada directamente al importante compromiso constitucional de protección del medio ambiente también asumido en 1994, donde por primera vez, en el art. 41, encontramos establecida la necesaria colaboración institucional en la materia:

“Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.”

Bajo ese paraguas constitucional, que ha tenido ya diversas aplicaciones, debe aprobarse la ley nacional que establezca los presupuestos mínimos de protección ambiental de todas las áreas protegidas<sup>8</sup>. Por ahora, solo se han logrado sacar adelante algunas leyes de ese tipo en relación con políticas públicas referidas a específicos tipos de ecosistemas, como son los bosques nativos y los glaciares, ambos de gran significado en el territorio argentino y de enorme trascendencia en el planeta.

En la Ley de Bosques Nativos 26331/2007<sup>9</sup> se establecen los presupuestos mínimos de protección ambiental de esos ambientes, previéndose tres categorías de conservación (art. 9): *categoría I (rojo)* para “sectores de muy alto valor de conservación que no deben transformarse”, por lo que se designan como “bosques a perpetuidad”; *categoría II (amarillo)* para “sectores de mediano valor de conservación” que pueden ser objeto de restauración; y *categoría III (verde)* para “sectores de bajo valor de conservación”, en los que se admiten transformaciones conforme a lo previsto en la misma ley.

La ejecución de la Ley 26331/2007 corresponde a las provincias, encargadas de “realizar”, en el plazo de un año, el correspondiente “ordenamiento territorial

---

<sup>7</sup> Véase G. Martín (2013), donde se expone específicamente el régimen del primer parque interjurisdiccional, que fue el de la Patagonia Austral de Chubut (tratado aprobado por Ley de la Provincia de Chubut 5668/2007 y Ley nacional 26446/2008).

<sup>8</sup> Véase el proyecto de ley en la materia presentado en la Cámara de Diputados de la nación con fecha 26/06/2016 y reiterado en 2019 y 2021 (textos en *hcdn.gob.ar*). En otros sectores ambientales, se han ido aprobando las correspondientes leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental reclamadas en el art. 41 de la Constitución argentina. Así se aprecia en materia de residuos industriales (Ley 25612/2002), gestión de PCBs (Ley 25670/2002), aguas (Ley 25688/2003), acceso a la información pública (Ley 25831/2004), residuos domiciliarios (Ley 25916/2004), actividades de quema (Ley 26562/2009) o envases vacíos de fitosanitarios (Ley 27279/2016). Incluso la Ley General del Ambiente (Ley 25675/2002) se presenta como ley de presupuestos mínimos.

<sup>9</sup> Ley 26331/2007, de 28 de noviembre (BORA, 26/12/2007), de presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos.

de los bosques nativos”, donde se identifican y categorizan los ecosistemas afectados (art. 6). No obstante, la coordinación nacional de la actividad provincial establecida en dicha ley es importante, pues cuenta, entre otros, con los siguientes resortes: *a)* en la práctica, el carácter voluntario de la colaboración provincial queda condicionado por la prohibición legal de desmontes y de todo tipo de utilización y aprovechamiento de los bosques nativos en ausencia del citado ordenamiento territorial (arts. 7 y 8); *b)* las provincias cuentan (o mejor: deberían contar) con “la asistencia técnica, económica y financiera necesaria” de la autoridad nacional de aplicación (actualmente, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible); *c)* a su vez, la citada autoridad nacional es competente para la “acreditación” (léase: aprobación) de los bosques nativos y categorías de clasificación establecidos en los ordenamientos territoriales realizados por las provincias (art. 33); *d)* adicionalmente, la misma autoridad nacional queda habilitada para “constatar periódicamente el mantenimiento de las superficies de bosques nativos y las categorías de conservación declaradas por las respectivas jurisdicciones” (art. 34); y *e)* en fin, la acreditación nacional del correspondiente ordenamiento provincial condiciona el acceso al Fondo Nacional para el enriquecimiento y la conservación de los bosques nativos (arts. 30-39)<sup>10</sup>.

La Ley de Glaciares 26639/2010, por su parte, establece un régimen de protección de estas masas de hielo y sus elementos integrantes vinculado a las autoridades nacionales<sup>11</sup>. El Inventario Nacional de Glaciares es el instrumento principal de actuación (arts. 3-4), correspondiendo su confección al Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales (art. 5). En la misma Ley directamente se prohíbe toda actividad que pueda afectar a la condición natural de los glaciares y específicamente cualquier contaminación, construcción, explotación minera o actividad industrial, con algunas excepciones (art. 6). Como autoridad de aplicación se designa al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (art. 9).

En definitiva, Argentina dispone de una importante legislación nacional sobre áreas naturales protegidas, cuya ejecución parece asegurada en el mismo nivel federal. Sin embargo, en los ámbitos provinciales surgen dudas sobre la efectividad de

---

<sup>10</sup> El proceso de colaboración nacional-provincial sobre los bosques nativos ha sido analizado críticamente por L.M. Figueroa (2018), quien pone de relieve la heterogeneidad de las medidas adoptadas por las provincias, lo que se correspondería con las particularidades del federalismo ambiental argentino (*ibidem*: 23).

<sup>11</sup> Ley 26639/2010, de 30 de septiembre (BORA, 28/10/2010), de régimen de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglacial. Con carácter pionero en la materia, véase el estudio de A. Iza & M.B. Rovere (2006: 11), quienes sostienen la necesidad de contemplar a cada glaciar “como integrante de un ecosistema y conectado con los ecosistemas adyacentes”, dado que un glaciar es parte de la cuenca hidrográfica en la que vierte sus aguas, aunque sea a un ritmo más lento de caudales y ello, tanto con carácter general, como específicamente para los glaciares de la Argentina (*ibidem*: 35). Por eso los glaciares y el ambiente periglacial son “bienes de carácter público” (Ley 26639/2010: art. 1), específicamente considerados de dominio público en el Código Civil [Ley 26994/2014: art. 235.c)].

los mecanismos diseñados. Y ello pese a los esfuerzos de coordinación desarrollados, que, aun siendo significativos, todavía resultan incompletos.

## 2. Los vericuetos de la conservación de la península de Magallanes

En ese contexto, cabe situar el régimen de las áreas naturales protegidas establecido en la Provincia de Santa Cruz. Mediante la Ley provincial 786/1972 se regularon las figuras de parques, monumentos naturales y reservas provinciales, que habían de declararse por ley en virtud de sus valores estéticos, naturales o científicos, y cuya administración se encargaba al Consejo Agrario Provincial<sup>12</sup>. Aunque ese régimen general ya no está vigente al haberse establecido una nueva regulación de las áreas protegidas en la Ley provincial 3466/2015, nos interesa ahora tenerlo en cuenta, dado que fue bajo el sistema de la Ley provincial 786/1972 cuando se puso en marcha la tutela de la península de Magallanes.

Centrándonos en la protección otorgada a la península de Magallanes, nuestra primera constatación ha de referirse a la no inclusión de ese territorio en el vecino parque nacional de Los Glaciares, cuya primera declaración protectora se remonta al año 1937<sup>13</sup>. Pese a ello, advertimos que, en el plan de gestión del parque nacional, se considera necesario establecer explícitas referencias sobre la península en cuestión, y ello debido a que el conjunto de los espacios “por su vinculación física, resulta de suma importancia para la conformación del corredor biológico del bosque andino patagónico austral, la conservación de especies de alto valor de conservación y también para resguardar sus paisajes escénicos únicos”<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Ley de la Provincia de Santa Cruz 786/1972, de 29 de diciembre (BOPSC, 30/12/1972), de parques, reservas y monumentos naturales. Ha sido derogada por la Ley provincial 3466/2015, que establece el régimen general vigente en la materia para de la Provincia de Santa Cruz. Los *parques provinciales* se definían como “áreas a conservar en su estado primitivo”, donde “toda explotación económica” estaba prohibida, salvo las actividades relativas al turismo y las que pudieran autorizarse en los terrenos de propiedad privada (art. 3). Los *monumentos naturales provinciales* estaban caracterizados como “regiones, objetos, especies” cuyos valores los hacían merecedores de “protección absoluta” (art. 6). Finalmente, las *reservas provinciales* se destinaban asimismo a la conservación de sistemas ecológicos, particularmente de las zonas de transición hacia los parques provinciales, aunque se admitía su creación independiente “cuando la situación existente no requiera el régimen legal de un parque provincial” (art. 7); en estas reservas, si bien se daba prioridad a la conservación, se podían autorizar actividades industriales y comerciales, centros urbanos y villas turísticas, la caza deportiva y los aprovechamientos forestales (art. 8).

<sup>13</sup> Decreto 105433/1937, de 11 de mayo, por el que se declararon cuatro reservas nacionales en la Patagonia (una de ellas Los Glaciares), transformadas en parques nacionales por Ley 9504/1945, de 28 de abril, ratificada por Ley 13895/1949, de 30 de septiembre.

<sup>14</sup> Administración de Parques Nacionales (2019: 18, 23 y 28). La necesaria visión de conjunto del parque nacional y la península de Magallanes se refuerza en el estudio de E. Lannutti & ali (2020), donde se constata que, en el período 1994-2018, el glaciar Perito Moreno avanza y alcanza en diversas ocasiones la península de Magallanes, formando un dique de hielo que da lugar a los espectaculares rompimientos del glaciar.

En todo caso, la península de Magallanes fue declarada reserva provincial por Ley provincial 2316/1993<sup>15</sup>. En ella, el ejecutivo provincial recibió el encargo de elaborar, en un plazo de 180 días, el plan de manejo del área, que hubiera debido de ser aprobado por la Cámara de Diputados de Santa Cruz en el sucesivo plazo improrrogable de 60 días. Durante esos 240 días se suspendieron nuevas subdivisiones, proyectos de desarrollo “o cualquier otro acto que pudiera comprometer el destino de las tierras de la reserva”. Para la gestión provisional de la reserva, se constituyó un Consejo de Administración integrado por el Consejo Agrario Provincial, la Subsecretaría de Turismo y la municipalidad de El Calafate.

Los plazos fueron incumplidos, lo que determinó su ampliación por 270 días adicionales (Ley provincial 2355/1994) y luego por el correspondiente período de sesiones parlamentarias (Ley provincial 2372/1994). En el mismo ejercicio, la Cámara adoptó la Ley provincial 2387/1994 aprobando el plan de manejo, aunque el veto gubernativo puso de relieve que, en realidad, se habían aprobado los objetivos del plan<sup>16</sup>. Esos objetivos suponían notables avances en la conservación de la reserva, pues comprendían “el mantenimiento de la mayor parte del área en condiciones silvestres”, limitándose la implantación de servicios a “aquellos que resulten necesarios para la atención del visitante” y destinando para los asentamientos humanos y la infraestructura de servicios “la menor superficie que sea posible”, entre otros extremos incluidos en el listado legal. No había, pues, plan de manejo, pero sí una guía clara de las restricciones que se consideraban necesarias en atención a la contigüidad del parque nacional Los Glaciares, en relación con el cual la reserva provincial se concebía explícitamente como “área de amortiguación”.

En la Ley provincial 2387/1994 también se modificó la Ley provincial 786/1972 general en la materia para atribuir la calidad de “autoridad de ejecución” al Minis-

---

<sup>15</sup> Ley de la Provincia de Santa Cruz 2316/1993, de 10 de junio (BOPSC, 15/07/1993), de creación de la reserva provincial península de Magallanes. Cabe indicar que el Gobernador de Santa Cruz vetó parcialmente la ley con la finalidad de permitir la construcción de una central hidroeléctrica proyectada en el río Mitre, proponiendo un texto alternativo que fue aceptado por la Cámara de Diputados provincial (Resolución 56/1993).

<sup>16</sup> La Ley provincial 2387/1994 fue la consecuencia de las dificultades que para la Cámara de Diputados santacruceña entrañaba la aprobación del proyecto de plan de manejo remitido por el ejecutivo provincial. Así, dadas la extensión y la complejidad del documento, el órgano legislativo provincial se limitó a aprobar la lista de objetivos que habrían de ser observados en la entonces reserva provincial de la península de Magallanes (Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz, *Diario de Sesiones*, 24/11/1994: 856 ss.). Por Decreto 1785/1994, de 15 de diciembre, el Gobierno provincial expresó su veto a la denominación dada a la Ley 2387, que ha de entenderse ciertamente referida solo a los objetivos del plan de manejo de la reserva de Magallanes.

terio de Economía y Obras Públicas, sustituyéndolo, así, en las iniciales funciones del Consejo Agrario Provincial. Sin embargo, el cambio no tuvo mayores efectos prácticos, ya que el plan de manejo de la reserva de Magallanes continuó sin ser aprobado, lo que determinó continuas prórrogas del plazo legalmente previsto a tal fin: hasta el 30 de junio de 1996 (Ley provincial 2425/1995), por 240 días más (Ley provincial 2442/1996) y por 18 meses adicionales (Ley provincial 2492/1998).

Transcurridas todas las prórrogas sin que el plan de manejo viera la luz, se va a aprobar una notable ampliación del ámbito de protección por la Ley provincial 2662/2003, que modifica la Ley 2316/1993 para constituir el área natural protegida de la península de Magallanes, integrada por dos reservas provinciales (zona norte de 3.200 ha y zona sur de 6.000 ha) y el parque provincial (32.000 ha). Al año siguiente, los límites del área protegida fueron modificados en la Ley 2693/2004, que estableció una sola reserva provincial de 15.089 ha y un parque provincial de 27.598 ha.

Paralelamente, mediante Resolución 6/2004, el Consejo Agrario Provincial, que había recuperado sus competencias en la materia, aprobó el programa de usos del parque y de la reserva provinciales de la península de Magallanes<sup>17</sup>. La necesidad de la regulación se identificaba en la situación de “emergencia turística” derivada de la elevada frecuentación de visitantes, lo que determinaba “solicitudes reiteradas” de servicios para descongestionar las pasarelas desde las que se contempla el glaciar Perito Moreno. El programa se presentaba como un régimen provisional de los usos hasta la aprobación del plan de manejo. En el parque provincial, específicamente, se excluían las subdivisiones de lotes, se fijaban los requisitos que habían de observarse en la construcción de viviendas unifamiliares, así como los condicionamientos de los proyectos de cualesquiera actividades. En la zona de la reserva provincial, aunque también quedaban prohibidas las subdivisiones, se permitía la instalación de un servicio turístico en cada lote con arreglo a determinadas características, de manera que cabía construir hosterías, restaurantes, baños, estacionamientos y centros de interpretación. La prolija relación se completaba con una cláusula general que excluía cualesquiera usos y actividades no contemplados en el programa hasta la aprobación del plan de manejo.

Posteriormente, se aprobaría un nuevo régimen general de las áreas protegidas de Santa Cruz en la Ley provincial 3466/2015<sup>18</sup>. Las categorías protectoras se am-

---

<sup>17</sup> Programa de ordenamiento de usos públicos para el parque y la reserva provinciales de la península de Magallanes, aprobado por disposición 6/2004, de 4 de noviembre, del director general de Recursos Naturales del Consejo Agrario Provincial de Santa Cruz (BOPSC, 13/09/2007). No deja de llamar la atención el tiempo transcurrido entre la adopción del programa y su publicación.

<sup>18</sup> Ley de la Provincia de Santa Cruz 3466/2015, de 26 de noviembre (BOPSC, 29/03/2016), de áreas protegidas estableciendo los criterios generales de conservación, ordenamiento y manejo de áreas protegidas. Deroga la Ley 786/1972.

plían, lo que puede generar algunas dudas de aplicación, pues si bien se mantienen las áreas previamente declaradas, está prevista también la posible recalificación de las mismas<sup>19</sup>. En relación con la península de Magallanes, parece claro que el parque provincial habría de continuar en la misma categoría dentro del nuevo sistema, mientras que la reserva provincial se correspondería con la nueva modalidad de la reserva con uso sostenible de los recursos naturales. La calidad de la legislación provincial aprobada en Santa Cruz sobre las áreas naturales protegidas no está en duda. Sin embargo, la sucesión de prórrogas legales en relación con el plan de manejo de la península de Magallanes suscita fuertes incógnitas sobre el alcance de la gestión efectivamente practicada.

### **3. La justicia hace prevalecer la propiedad sobre la conservación en los casos Coihue y Apen Aike**

En 2004 y 2005, dos empresas, ambas propietarias de fincas situadas dentro del parque provincial de la península de Magallanes, iniciaron acciones contra la Provincia de Santa Cruz. Reclamaban la declaración de inconstitucionalidad de las leyes provinciales y otras actuaciones que habían congelado la explotación económica de sus fundos.

En el caso Coihue<sup>20</sup>, la empresa era titular, desde la década de 1970, de dos predios de 108 y 392 hectáreas de superficie respectivamente. En el segundo de ellos, al ser de difícil acceso, la misma reclamante estimaba disminuida la “superficie aprovechable”. En cambio, el primero de los terrenos le resultaba particularmente atractivo

<sup>19</sup> En la Ley provincial 3466/2015, las categorías de áreas protegidas son: reserva natural estricta, área natural silvestre, parque provincial, monumento natural, área de manejo o gestión de hábitats o especies, paisaje terrestre y marino protegido, y reserva con uso sostenible de los recursos naturales (en la derogada Ley provincial 786/1972, sólo se preveían parques, reservas y monumentos naturales). Conforme al art. 42 de la Ley provincial 3466/2015: “A la fecha de la promulgación de la presente ley, las áreas que se encuentren afectadas por regímenes de protección serán evaluadas por la autoridad de aplicación y conforme a lo que surja de dichos estudios, podrán ser declaradas por ley especial integrantes del sistema de áreas protegidas”. Parece que la previsión legislativa, de conformidad con el principio de no regresión o de progresividad ambiental (Ley General del Ambiente 25675/2002: art. 4), ha de entenderse en el sentido de que se mantienen las áreas protegidas declaradas sin perjuicio de su recalificación en una de las nuevas categorías legales. Ese mismo principio habría de regir la interpretación del art. 4 de dicha Ley provincial 3466, donde se establece que “la afectación y desafectación de las áreas protegidas se efectivizará por ley”, de manera que la desafectación no podría proceder de la libre discrecionalidad del legislador, sino de la existencia de una situación de degradación irreversible del área; criterio que podría conectarse con la exigencia explícita, en este art. 4 de la Ley provincial 3466/2015, de que “la delimitación, declaración y categorización de áreas protegidas será efectuada sobre la base de evaluaciones técnico-científicas teniendo en vista los objetivos de esta ley”. Con referencia al principio de no regresión en la desclasificación de espacios naturales protegidos en el ordenamiento español, véase F. López Ramón (2011).

<sup>20</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 18 de noviembre de 2021, *Coihue S.R.L. c/ Provincia de Santa Cruz* (CSJ 3162/2004), voto conjunto de los magistrados H.D. Rosatti y J.C. Maqueda, y voto del magistrado C.F. Rosenkraz (sin discrepancias en el fallo).

“para el desarrollo de diversos emprendimientos”, al contar con importantes vistas y panorámicas en la cercanía del camino de acceso al glaciar, situación que hubiera permitido parcelar el terreno y construir un hotel. Además de la declaración de inconstitucionalidad, la empresa solicitaba la indemnización de los daños y perjuicios que se le habían causado.

En el caso *Apen Aike*<sup>21</sup>, la empresa identificaba siete fincas de su propiedad de extensiones comprendidas entre 7 y 767 hectáreas, “cuya proximidad al glaciar Perito Moreno las transforman en inmuebles de alto valor turístico”. Como prueba de ello manejaba un convenio de opción de compra de uno de los fundos con una compañía interesada en construir un emprendimiento hotelero. Se limitaba a reclamar la inconstitucionalidad, sin exigir indemnización.

Con una considerable demora de 17 años, la Corte Suprema argentina va a estimar sustancialmente las pretensiones en ambos casos. En la sentencia de *Coihue* lleva a cabo la argumentación más completa a fin de concluir que las limitaciones del dominio por razones ambientales habían violado los derechos de propiedad y comercio de la actora, que debía ser indemnizada por tal afectación. El razonamiento comprende los siguientes hitos (cdo. 3): *a*) la regulación provincial de la península de Magallanes; *b*) la protección constitucional de los derechos de propiedad y comercio; *c*) la tutela ambiental en los regímenes federal y provincial; *d*) la existencia de una lesión de los derechos constitucionales; y *e*) la pertinente reparación patrimonial. Referiremos a continuación los principales extremos de cada uno de esos aspectos.

El régimen general de las áreas naturales protegidas establecido, primero, en la Ley provincial 786/1972 y después, en la Ley provincial 3466/2016, se resumía por la Corte en los siguientes puntos (cdo. 4): *a*) posibilidad de declarar áreas protegidas provinciales por su importancia ambiental con el objetivo de conservar la diversidad biológica; *b*) existencia de diferentes categorías de áreas naturales protegidas, entre las cuales figuran los parques provinciales y las reservas con uso sostenible de los recursos naturales; *c*) previsión de una tipología dentro de las áreas naturales protegidas, que comprenden las modalidades de zonas intangible, restringida, de uso controlado, de uso público, de rehabilitación, histórico cultural y de amortiguación; *d*) sujeción de los asentamientos humanos a las pautas que establezca la autoridad competente, aunque se incluyen criterios muy restrictivos en los parques provinciales remitiendo su desarrollo al plan de manejo del área; y *e*) sometimiento de las propiedades privadas a las restricciones y los límites correspondientes. En relación con la península de Magallanes (cdo. 5), en la sentencia se recogen las referencias

---

<sup>21</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 18 de noviembre de 2021, *Apen Aike S.A. c/ Provincia de Santa Cruz* (CSJ 2511/2005), voto conjunto de los magistrados H.D. Rosatti y J.C. Maqueda, y voto del magistrado C.F. Rosenkraz (sin discrepancias en el fallo).

normativas desde la declaración de la reserva provincial en 1993, comprendiendo las sucesivas prórrogas del plazo para aprobar el plan de manejo, hasta llegar a la declaración del parque y la reserva provinciales en 2003, y a su inserción en el nuevo marco proporcionado por la Ley provincial 3466/2015.

A continuación, la Corte recuerda el alcance de los derechos constitucionales de propiedad y de comercio (cdo. 6), reclamando expresamente la función social del derecho de propiedad. En el análisis de los límites de tales derechos (cdo. 7), se sostiene, de una parte, que ambos derechos “no son absolutos”, aunque, de otra parte, se subraya que tampoco son absolutas “las atribuciones de los poderes públicos a la hora de reglamentarlos”, dado que “en el marco de un sistema republicano de gobierno, las competencias de las autoridades públicas se caracterizan por ser un poder esencialmente limitado, sometido a la juricidad y a la razonabilidad constitucional”. En consecuencia, el órgano habilitado constitucionalmente para reglamentar los derechos patrimoniales, no sólo debe observar “el procedimiento previsto al efecto”, sino también “el respeto por su contenido esencial”.

En el siguiente paso argumental de la sentencia del caso Coihue (cdo. 8), trata de definirse el alcance de la tutela ambiental establecida en la reforma constitucional de 1994. Del derecho al ambiente previsto en el art. 41 de la Constitución, la Corte deduce “ciertas pautas de inexcusable consideración” como son (cdo. 9): *a*) la visión sistémica del medio ambiente, que obliga a garantizar el equilibrio entre los elementos que lo componen; *b*) la configuración de la protección ambiental como “un derecho-deber del individuo y de la sociedad”, con la consecuencia de que “no podría convalidarse ni ética ni jurídicamente el perjuicio al equilibrio medioambiental”; *c*) la imposición de un deber de solidaridad intergeneracional expresado en la fórmula del desarrollo sustentable; *d*) la exigencia de un uso racional de los recursos que se impone tanto al productor como al consumidor; y *e*) finalmente, se constata que, en el reparto de competencias relativas a la protección del medio ambiente, a la Nación corresponde el establecimiento de los presupuestos mínimos y a las provincias la regulación complementaria, lo que lleva a considerar que “las limitaciones administrativas a la propiedad privada que se establecen con fines medioambientales son de índole local”, debiendo respetarse en ellas el principio de razonabilidad previamente enunciado. Por añadidura, en la sentencia se indica que los efectos de la constitucionalización de la tutela ambiental se refuerzan en el caso de la Provincia de Santa Cruz, cuya propia Constitución impone al poder público y a los particulares la obligación de cuidar y preservar el medio ambiente (cdo. 10).

En ese contexto, la Corte no encuentra ningún reproche constitucional a las sucesivas declaraciones de reserva y parque provinciales de la península de Magallanes (cdo. 11), que inscribe “en el cumplimiento del mandato constitucional”. Sin embar-

go, inmediatamente se precisa que “lo dicho no implica la automática razonabilidad del conjunto de normas impugnadas”, a las que sí se reprocha que “prohibieron a los propietarios -a lo largo de los años- aprobar nuevas subdivisiones, proyectos de desarrollo o cualquier actividad que pueda comprometer el destino de las tierras de la actora por la ausencia del dictado del plan de manejo”. Y aquí empiezan las declaraciones relevantes de la sentencia Coihue, no sólo con respecto al supuesto controvertido, sino con carácter general, pues ponen de relieve un restrictivo entendimiento de la protección de la biodiversidad en relación con el derecho de propiedad y la libertad de empresa.

En efecto, a partir del punto indicado, la sentencia parece reflejar una filosofía diferente de la hasta entonces expuesta. El derecho-deber del individuo y de la sociedad que anteriormente se había establecido como caracterización esencial de la protección constitucional del medio ambiente, queda soslayado y sustituido por la tajante separación entre Estado y Mercado que pasa a condicionar la decisión de la Corte. Aunque se afirme que ambos elementos “se necesitan recíprocamente”, lo cierto es que los papeles quedan claramente desequilibrados, pues, “dentro de una sociedad que asume las bases del sistema capitalista”, en realidad solo el Estado parece resultar comprometido en el establecimiento de “reglas de juego claras, transparentes e igualitarias”, mientras que el Mercado ha de regirse por la más completa libertad dentro del exclusivo respeto a las específicas reglas establecidas. Así, la separación entre Estado y Sociedad característica del régimen liberal va a interpretarse por la Corte Suprema argentina como una separación entre la protección del medio ambiente que ha de asumir el poder público y el desarrollo del mercado que libremente corresponde a los particulares.

Desde las bases anteriores, la consecuencia establecida en la sentencia es el rechazo adusto de la inactividad observada por las autoridades de la Provincia de Santa Cruz (cdo. 12):

“...la regulación provincial al vedar -por décadas- la aprobación de nuevas subdivisiones, proyectos de desarrollo o cualquier otro acto que pudiera comprometer el destino de las tierras, hasta el dictado del plan de manejo del área que, de acuerdo a las constancias del expediente, nunca vio la luz, afectó en forma arbitraria al derecho de propiedad y de comerciar de la parte actora.”

La Corte reprocha agriamente, en el proceder de la Provincia, “una ausencia de razonabilidad y coherencia”, generadora de “incertidumbre jurídica” para la empresa reclamante. Desde 1993 viene postergándose todo desarrollo de emprendimientos en el área protegida debido al “comportamiento vacilante” de la Provincia en la sanción del plan de manejo. Adicionalmente, se aprecia que el programa de ordenamiento de usos públicos aprobado por disposición 6/2004 del Consejo Agra-

rio Provincial ratifica las restricciones de usos. Por todo ello, la Corte concluye que la Provincia de Santa Cruz ha impedido “de modo prácticamente absoluto el derecho a disponer de la propiedad y de comerciar”.

Se insiste en la sentencia en que no se trata de discutir la finalidad de tutela ambiental implicada en la protección de la península de Magallanes, “sino de reprobación la desidia” en que se incurrió al no aprobarse el plan de manejo. En este sentido, el énfasis judicial sobre los valores naturales afectados es completo:

“...se encuentra *fuera de toda discusión* que el área protegida de la península de Magallanes y el área adyacente a ésta, el parque nacional Los Glaciares y especialmente el glaciar Perito Moreno, constituyen *bienes naturales únicos e irrepetibles de la más digna y elevada tutela jurídica*.”

La Corte afirma incluso comprender que, en las áreas protegidas, “por principio, la actividad humana debe estar restringida y subordinada a la conservación”. Sin embargo, “ese indiscutible reconocimiento no aminora la manifiesta ilegitimidad de la demandada, al no asumir su deber de determinar en concreto el régimen de usos”. Conclusión que se afianza en la sentencia al considerar el laconismo o la pasividad provincial que cabría observar en las diversas fases del proceso (cdo. 13). Es, por tanto, la tardanza, el retraso, la desidia, la incertidumbre generada por el ente provincial lo que determina el reproche del tribunal: 11 años transcurrieron desde la primera protección de la península de Magallanes hasta el inicio de la acción judicial (1993-2004) y 17 años más se han acumulado sin que la Corte pudiera disponer de tiempo para formular tan duros reproches (2004-2021).

Establecida “la ilegitimidad y arbitrariedad” de la actuación provincial, se aborda el derecho de la empresa demandante a obtener una reparación patrimonial (cdo. 14-15). La Corte entiende que “resulta indiscutible la falta de servicio” (cdo. 16), consistente en la omisión del pertinente plan de manejo, lo que le lleva a admitir perjuicios por gastos de estudios y proyectos, y por el valor económico de la pérdida de oportunidad<sup>22</sup>.

Finalmente, la Corte determina el alcance de la declaración de ilegitimidad de las prohibiciones aplicadas (cdo. 18), estableciendo que el cumplimiento de las mis-

---

<sup>22</sup> En la sentencia, el importe de los gastos de estudios y proyectos que realizó la empresa para los emprendimientos frustrados se fija en 240.000.- pesos argentinos; el valor económico de la pérdida de oportunidad pericialmente alcanzó la cifra de 6.426.080.- pesos. A ambas cantidades ha de aplicarse la tasa pasiva promedio del Banco Central de la República Argentina: en relación con los gastos, desde 1993, y para la pérdida de oportunidad desde 2008 (cdo. 17). Según la tabla de cálculo que proporciona la Web del Colegio de Abogados de Tucumán, para principios del mes de abril de 2022, las cantidades adeudadas sumarían respectivamente 7.278.367.- pesos y 59.405.355.- pesos, equivalentes a 60.154.- euros y 491.038.- euros (s.e.u.o. por mi parte).

mas “no podrá ser exigido hasta que la Provincia de Santa Cruz establezca el régimen definitivo de restricciones”. Para ello, se estima “prudente” abrir un nuevo plazo improrrogable de 120 días durante el que el plan de manejo podrá ser aprobado por la Provincia, con el objeto de “no menoscabar su legítimo propósito de preservar el ambiente”.

#### **4. Sobre el alcance de la conservación en las áreas naturales protegidas y especialmente en la península de Magallanes**

La tensión entre planteamientos opuestos es evidente en las sentencias relativas a la península de Magallanes: por una parte, se considera que los altos valores naturales en ella concurrentes justifican su conservación; sin embargo, por otra parte, se estima que el alcance de dicha conservación es inseguro al no haberse aprobado el plan de manejo del área. En un primer momento, la Corte resuelve la duda dando prevalencia al último planteamiento, puesto que declara la invalidez de las prohibiciones establecidas en la legislación provincial; pero, a continuación, concede una oportunidad a la conservación estableciendo un plazo para la aprobación del plan de manejo, cuyo cumplimiento serviría para reponer las prohibiciones.

En consecuencia, cabe sostener que solo la incertidumbre generada en los propietarios por la tardanza provincial en aprobar el plan determina la nulidad del régimen tutelar del área natural protegida. Seguridad jurídica y confianza legítima serían los principios salvaguardados en las sentencias de los casos Coihue y Apen Aike. Ahora bien, ¿hasta dónde podría llegarse en el mantenimiento de tales principios? ¿sería legítimo darles un efecto anulatorio de la conservación? Porque eso es lo que parece deducirse de las sentencias Coihue y Apen Aike: o se aprueba el prometido plan de manejo o la protección del área deja de ser aplicable.

Como enseguida vamos a ver, el plan de manejo reclamado ya ha sido aprobado dentro del plazo establecido por la Corte. Ello no obsta a que lícitamente podamos plantearnos qué hubiera sucedido caso de incumplirse el término fijado. ¿Exige o acaso permite el ordenamiento jurídico argentino levantar la protección de un área debido a la inactividad o pasividad pública? ¿Es tal solución la única utilizable judicialmente para garantizar el respeto de la seguridad jurídica?

Creo que la respuesta a esos interrogantes debiera distinguir entre dos cuestiones: la primera, que paso a tratar de seguido, es de tipo interpretativo y versa sobre el fundamento de la situación de incertidumbre sostenida por la Corte; la segunda, de la que me ocuparé en el siguiente epígrafe, es de corte más dogmático, pues se refiere al contenido esencial del derecho de propiedad en las áreas naturales protegidas. Vamos, pues, por partes.

En relación con el primer problema, mi tesis es que, en el caso concreto planteado por las empresas Coihue y Apen Aike, no había ninguna situación de inseguridad jurídica, puesto que, tanto con plan de manejo como sin el mismo, el sistema legal impedía o prohibía construir hoteles y realizar urbanizaciones en el parque provincial de la península de Magallanes, que era lo pretendido por las demandantes.

Ciertamente, a la vista de las diversas normas promulgadas, pueden establecerse sucesivas fronteras temporales derivadas del establecimiento de diferentes declaraciones protectoras en la península de Magallanes. En este sentido, cabría sostener que los sistemas tutelares han obedecido al principio de progresividad ambiental, dado que el alcance de las medidas de conservación se ha incrementado en las dos vías de intervención pública aplicadas concretamente a la península: una es la política de áreas naturales protegidas, donde se constata que la inicial reserva provincial (1993) se reclasificó como parque provincial (2003); y otra es la correspondiente a la política de bosques nativos, que también muestra los avances en la conservación, ya que, de la primera inclusión de la península en la categoría II para sectores de mediano valor de conservación (2010), se ha pasado a incluirla en la categoría I para sectores de muy alto valor de conservación que no deben transformarse (2021). Comprobemos estas evoluciones.

Dentro del sistema de áreas naturales protegidas, en el primer momento, la declaración de la reserva provincial de la península de Magallanes (Ley provincial 2316/1993) no conllevó la prohibición de su explotación económica, salvo por aplicación de la suspensión de subdivisiones y proyectos establecida provisionalmente hasta la aprobación del plan de manejo. En efecto, en el régimen general aplicable, la prioridad otorgada a la conservación era compatible, dentro de ciertos límites, con las actividades industriales y comerciales, y con la instalación de centros urbanos o villas turísticas, entre otros extremos (Ley provincial 786/1972: art. 8).

El planteamiento cambió cuando, años después, la mayor parte de la península fue declarada parque provincial (Ley provincial 2662/2003), ya que esta categoría, en los términos del régimen general entonces vigente, comprendía (Ley provincial 786/1972: art. 3):

“...las áreas a conservar en su estado primitivo, sin otras alteraciones que las necesarias para asegurarse su control y la atención del visitante. En ellas está prohibida toda explotación económica, con excepción de las derivadas del turismo y de las que puedan efectuarse en propiedades privadas, en ambos casos con sujeción a las reglamentaciones que dicte la autoridad de aplicación.”

El posterior establecimiento de un nuevo régimen general de las áreas naturales protegidas en la Provincia de Santa Cruz, no ha cambiado el objetivo legal de los parques provinciales, que sigue siendo “proteger la biodiversidad natural”, por lo

que, entre otras limitaciones, se prohíben los asentamientos humanos y toda acción “que pudiera originar alguna modificación del paisaje o del equilibrio biológico” (Ley provincial 3466/2015: art. 9, categoría II).

Obsérvese que este régimen prohibitivo es aplicable con independencia de la aprobación del plan de manejo. Podía decirse que el carácter provisional de las prohibiciones establecidas en 1993 para la península de Magallanes, fue sustituido en 2003 por un régimen definitivo y general que en todo caso impedía los aprovechamientos hoteleros y urbanísticos.

Como hemos indicado, paralela evolución progresiva se advierte en el sistema de bosque nativos establecido en la Ley nacional 26331/2007 y aceptado, en el caso de Santa Cruz, por la Ley provincial 3031/2008<sup>23</sup>. Así, en el primer ordenamiento territorial de bosques nativos (2010), la península de Magallanes fue incluida en la categoría II como sector de “mediano valor de conservación”<sup>24</sup>. Más recientemente, en el documento técnico correspondiente al segundo ordenamiento territorial de bosques nativos (2021), se prevé el paso de la península a la categoría I, prevista, como nos consta, para “sectores de muy alto valor de conservación que no deben transformarse”, por lo que el territorio afectado se designa como “bosque a perpetuidad”<sup>25</sup>.

En definitiva, las anteriores previsiones normativas parece que han de llevarnos a estimar que no había ninguna situación de incertidumbre sobre la viabilidad de las pretensiones de explotación económica de las propiedades pertenecientes a las empresas Coihue y Apen Aike. Tanto la construcción de hoteles como la formación de urbanizaciones, que eran sus concretas aspiraciones empresariales, habían de considerarse prohibidas en el parque provincial de la península de Magallanes.

No podemos olvidar, ciertamente, que seguía sin cumplirse el mandato legal de aprobar el plan de manejo del área, con infracción de los plazos establecidos y ampliados en diversas ocasiones. Sin embargo, es dudoso que el plan en cuestión pueda merecer la relevancia que termina dándole la Corte Suprema en los casos que estamos analizando.

En primer lugar, conviene tener en cuenta que, en un principio, no existía una definición legal del instrumento denominado plan de manejo de un área natural protegida, que no se regulaba ni en la legislación de Santa Cruz (Ley provincial 786/1972) ni en la legislación nacional (Ley 22351/1980). Lo lógico o lo adecuado

---

<sup>23</sup> Ley de la Provincia de Santa Cruz 3031/2008, de 28 de agosto (BOPSC, 21/10/2008).

<sup>24</sup> Ley de la Provincia de Santa Cruz 3142/2010, de 8 de julio (BOPSC, 17/08/2010), en relación con lo establecido en el art. 9 de la Ley nacional de Bosques Nativos 26331/2007.

<sup>25</sup> Véase P.L. Peri, C. Quevedo, J. de Urquiza & A. Alberti (2021, 17, figura 8), donde se contiene la nueva categorización del parque provincial de la península de Magallanes. El alcance de las categorías, siempre en el art. 9 de la Ley nacional de Bosques Nativos 26331/2007.

habría sido disponer de un régimen normativo estableciendo el contenido documental y material del plan, así como el procedimiento de elaboración y aprobación, y los efectos derivados del mismo.

Las únicas y parcas referencias las encontramos en la originaria y singular Ley provincial 2316/1993, que estableció plazos (luego prorrogados por diversas leyes provinciales) para la elaboración del plan de manejo por el ejecutivo provincial y para la aprobación por el órgano legislativo. Es decir, el legislador introdujo una de las llamadas reservas formales de ley, que derivan de la directa regulación de una materia en un texto legal, de manera que admiten la posterior deslegalización por una nueva ley de signo contrario<sup>26</sup>. No solo eso, sino que, además, debe quedar claramente establecido que esas reservas formales de ley no vinculan jurídicamente al propio poder legislativo, que siempre goza de plena discrecionalidad política para aprobar o no aprobar las leyes. Las mayorías y las preferencias parlamentarias pueden variar, incluso a lo largo de una misma legislatura, sin que ello suponga ninguna quiebra del ordenamiento constitucional.

Pues bien, da la impresión de que la Corte Suprema no ha tenido en cuenta las limitaciones inherentes a la reserva formal de ley establecida en la Ley provincial 2316/1993 para aprobar el plan de manejo de la península de Magallanes. La exigencia de ley operaba en un completo vacío normativo sobre las características formales y sustanciales del plan. En consecuencia, la remisión por el ejecutivo santacrucense a la Cámara de Diputados provincial del correspondiente proyecto de ley -dentro del plazo previsto- convirtió las tensiones que el contenido del plan de manejo producía, entre los actores económicos, sociales y profesionales enfrentados, en tensiones propiamente políticas que no pudieron ser superadas. Los diputados, tal y como hemos indicado anteriormente y se recoge con detalle en el voto del magistrado Rosenkraz, se quejaban de la imposibilidad de aprobar un documento técnico dotado de alto grado de complejidad.

En tal situación, la Cámara actuó como le pareció que debía hacerlo en uso de su discrecionalidad. Así, mediante Ley provincial 2387/1994, aprobó únicamente los objetivos conservacionistas que habían de cumplirse en el plan de manejo de la reserva provincial<sup>27</sup>. Unos objetivos que, de nuevo, difícilmente cabría compatibilizar con la construcción de los hoteles y las urbanizaciones pretendidas por las empresas demandantes en los casos Coihue y Apen Aike, pues incluían “conservar el equilibrio ecológico..., procurando el mantenimiento de la mayor parte del área en condiciones

---

<sup>26</sup> Como se recordará, las reservas materiales de ley, en cambio, no pueden ser objeto de deslegalización, dado que al estar previstas en la Constitución exigen siempre la observancia del rango normativo impuesto en el texto fundamental.

<sup>27</sup> Los objetivos del plan de manejo se aprobaron por Ley provincial 2387/1994, de 24 de noviembre (BOPSC, 20/12/1994).

silvestres”, “mantener el carácter silvestre del corredor turístico del acceso al glaciar Perito Moreno, limitando la implantación de servicios a aquellos que resulten necesarios para la atención al visitante” o “destinar la menor superficie que sea posible para los asentamientos humanos y la infraestructura de servicios a instalar”. No cabían ni hoteles ni urbanizaciones.

Al legislativo, en aquella Ley provincial 2387/1994, le faltó levantar la reserva formal de ley que había establecido previamente en la Ley provincial 2316/1993. Hubiera sido útil, en efecto, deslegalizar la aprobación del plan atribuyéndola a la competencia del Gobierno provincial. Al persistir la exigencia, sucesivos intentos de aprobar el plan de manejo fracasaron también, de manera que, tras el desdoblamiento de la inicial reserva provincial en parque y reserva provinciales (por Ley provincial 2662/2003), solo pudo aprobarse administrativamente el programa de ordenamiento de usos públicos<sup>28</sup>. Este se planteó como un instrumento provisional hasta la aprobación del plan de manejo, que -se decía en el mismo programa- “no es algo que se deba realizar de forma apresurada” -reproche que, desde luego, nadie dirigiría a las autoridades santacruceñas<sup>29</sup>-. Entre las previsiones del programa en relación con el parque provincial, cabe destacar la prohibición de subdividir lotes y el establecimiento de las condiciones para el desarrollo de viviendas unifamiliares en las fincas de propiedad privada. Se permite, por tanto, la construcción de elementos que permitirían el aprovechamiento y disfrute de las fincas, pero sin generar emprendimientos hoteleros ni parcelaciones propiamente urbanísticas. En todo caso, la aprobación de los proyectos no contemplados en el programa queda pospuesta hasta la confección del plan de manejo.

Una novedad importante en la materia será, por fin, la aprobación del régimen general de los planes de manejo en la nueva Ley provincial de áreas protegidas 3466/2015. Encontramos establecidos allí los siguientes contenidos (arts. 23-24): *a*) la competencia del Gobierno provincial para la aprobación del plan, produciéndose la deslegalización de la reserva de ley que, para la península de Magallanes, se contenía en la declaración originaria de 1993; *b*) el carácter periódico del plan, que ha de ser objeto de revisión y actualización a propuesta de la autoridad de ejecución; *c*) las reglas que limitan estrictamente la ubicación de infraestructuras, equipamientos e instalaciones destinadas al turismo en las zonas categorizadas como de uso público; *d*) la consideración excepcional de cualquier actividad no contemplada en el plan, prohibiéndose la “modificación sustancial de las condiciones ecológicas del área”; y *e*) los componentes que en todo caso han de integrar el plan de manejo, incluyendo ob-

---

<sup>28</sup> Disposición del director general de Recursos Naturales 6/2004, anteriormente citada.

<sup>29</sup> La sorprendente excusa quizá deba relacionarse con la necesidad de “alcanzar el mayor consenso en el manejo del área en cuestión”, consenso de “todos los sectores técnicos, comerciales y poblaciones cercanas” que, sin duda, era difícil de lograr.

jetivos, delimitación, caracterización, categoría asignada, zonificación, programas de manejo y plan de monitoreo.

Finalmente, en el plazo concedido por la Corte Suprema, el Gobierno de la Provincia de Santa Cruz ha acertado a aprobar el plan de manejo o gestión del área natural protegida de la península de Magallanes<sup>30</sup>. No sé si este documento podrá aliviar la incertidumbre jurídica de los propietarios amparados en las sentencias que estamos analizando. Se trata de un volumen que sigue los postulados metodológicos de la planificación en la materia, particularmente de los indicados en la guía preparada por la autoridad nacional argentina<sup>31</sup>. Para su elaboración, se ha seguido un amplio proceso participativo, implicando a diversas administraciones territoriales, actores privados e integrantes del sistema de conocimiento<sup>32</sup>.

Los puntos de partida consisten en una detallada caracterización del área protegida, con examen de su patrimonio natural y cultural, las modalidades de ocupación y uso del espacio, y los valores y objetivos de conservación<sup>33</sup>. En el diagnóstico, se destaca la naturalidad e integridad del paisaje como uno de los principales valores de la conservación del área, que en términos generales se considera en buen estado, aunque se advierten los peligros que puede conllevar el impacto de la acción antrópica<sup>34</sup>.

Se explica, así, en el plan de manejo, que tanto la zona de reserva como la de parque provincial presentan “un carácter eminentemente rural”, pues la incorporación del turismo se llevó a cabo “como una actividad complementaria y fuertemente unida a la integridad de los paisajes y de los valores naturales de la misma”. En tal sentido, se considera la conectividad de los ambientes implicados como “elemento clave” para la conservación a largo plazo del área, lo que se estima corresponde al objetivo legal establecido en el área protegida de “conservar el equilibrio ecológico de los sistemas naturales representados” (Ley provincial 2387/1994). La consecuen-

---

<sup>30</sup> Decreto 303/2022, de 16 de marzo (BOPSC, 17/03/2022), que incorpora el enlace al documento Gobierno de la Provincia Santa Cruz (2022).

<sup>31</sup> Administración de Parques Nacionales (2010), guía explícitamente reclamada en Gobierno de la Provincia Santa Cruz (2022: 4). Véanse también: el estudio pionero en la materia de K. Miller (1980) y la conocida guía de la IUCN realizada por L. Thomas & J. Middleton (2003).

<sup>32</sup> Véase Gobierno de la Provincia Santa Cruz (2022: 4-5), donde se recoge el “mapa de actores” (*ibidem*: anejo I), que refiere órganos y entes administrativos de los diversos niveles territoriales (nacional, provincial y local), así como variados actores del ámbito privado (sector productivo, organizaciones sociales) y del sistema de conocimiento (universidades y centros de investigación).

<sup>33</sup> Gobierno de la Provincia Santa Cruz (2022: 10-76). El estudio de la ocupación y uso del espacio identifica la existencia, en el momento de la primera declaración protectora (Ley 2316/1993), de 42 fracciones en manos privadas con superficies comprendidas entre 1,5 ha y 16.000 ha (*ibidem*: 45). Las estancias asentadas desde principios del siglo XX fueron modificando su perfil inicial de ganadería ovina para incorporar ganado vacuno y vincularse después paulatinamente a las actividades turísticas (*ibidem*: 46-47).

<sup>34</sup> *Ibidem*: 78 y 84-85.

cia obtenida constituye un sólido aval de la prohibición de subdivisiones que viene imponiéndose -provisional pero explícitamente- en la península de Magallanes desde su primera declaración protectora:

“En función de lo expuesto cabe señalar que cualquier eventual subdivisión o fraccionamiento de las unidades catastrales existentes al momento de la creación del área natural protegida península de Magallanes, implicaría implícitamente un incremento en la fragmentación, actual o potencial, de los ambientes y en una consecuente pérdida de naturalidad para el área.”<sup>35</sup>

La zona de reserva provincial puede admitir, junto a su vocación primaria de uso rural, la actividad turístico-recreativa, siempre tras seguir el pertinente procedimiento de evaluación de impacto ambiental. En cambio, el sector del parque provincial presenta una mayor vulnerabilidad, por lo que “no deberá admitirse ningún tipo de subdivisiones”, ya que “cada nueva unidad implicaría una potencial multiplicación de infraestructura, asentamiento humano, intervención e impactos sobre la condición ambiental del área”<sup>36</sup>. Ello supone que las opciones de turismo responsable sean las únicas admisibles conforme a las características habilitadas en el plan de manejo; en ningún caso se consideran compatibles los grandes establecimientos hoteleros<sup>37</sup>.

Ni subdivisiones ni hoteles, ya está dicho. El plan de manejo del parque (2022) confirma la conservación impuesta en los objetivos atribuidos al plan de manejo de la primitiva reserva por la Ley provincial 2387/1994. En todo caso, ambos aprovechamientos eran incompatibles con el parque provincial declarado en 2003, conforme a los regímenes generales sucesivamente establecidos en Santa Cruz (Leyes provinciales 786/1972 y 3466/2015). El programa de ordenación de los usos públicos del área aprobado en 2004 confirmó esos planteamientos. Además, la intangibilidad del área quedó confirmada y potenciada al incluir bosques nativos catalogados finalmente en la categoría de mayor nivel de conservación (Ley nacional 26331/2007 y Ley provincial 3031/2008).

Mientras tanto, la exigencia de una ley para aprobar el plan de manejo del área resultó de muy difícil desenvolvimiento político y técnico. Y ello, al margen de las lagunas en cuanto a su régimen jurídico, no resueltas hasta la Ley provincial 3466/2015, donde, por fin, se levantó la reserva de ley para su aprobación. Así, compelido por la Corte Suprema, el ejecutivo santacruceño ha logrado aprobar el plan de manejo de 2022 que confirma lo que ya se imponía en la legalidad: que no

---

<sup>35</sup> *Ibidem*: 92. Las citas anteriores se encuentran en esta misma página.

<sup>36</sup> *Ibidem*: 93.

<sup>37</sup> *Ibidem*: 99, 152 y 173.

pueden hacerse subdivisiones ni hoteles en el parque provincial de la península de Magallanes.

## 5. El derecho de propiedad y el deber de proteger la biodiversidad

Acabamos de sostener que el régimen aplicable al parque provincial de Magallanes no generaba incertidumbre sobre la prohibición de los aprovechamientos económicos pretendidos por las empresas. Ahora hemos de plantearnos si la misma prohibición entraña violación del contenido esencial de los derechos de propiedad afectados.

En las sentencias Coihue y Apen Aike, la declaración de ilegitimidad y la indemnización (solo reclamada en el primer caso) se vinculan a la incertidumbre generada por la falta de aprobación del plan de manejo del área. Sin embargo, como hemos visto, adicionalmente la Corte argumenta sobre la necesidad de equilibrar, dentro de las áreas naturales protegidas, la protección del medio ambiente con los derechos de propiedad y comercio. Así, como señala un destacado intérprete de las sentencias en cuestión:

*“A nivel más alto, el mensaje de la Corte es que nuestro modelo de desarrollo sostenible no consiente normativas que por proteger el ambiente impidan el desarrollo, las actividades productivas, la propiedad privada.”*<sup>38</sup>

La consecuencia de ese planteamiento habría de ser, no la nulidad de las declaraciones protectoras, que en todo caso hemos visto que la Corte considera legítimas, sino la identificación de situaciones ablatorias de derechos patrimoniales requeridas de la pertinente indemnización por el poder público que las ha impuesto. Es decir, en los casos controvertidos, la responsabilidad provincial podría prolongarse aun tras la aprobación del plan de manejo del área, siempre que se considerara que la reglamentación de las propiedades afectadas había violentado el contenido esencial de las mismas. Esa es la cuestión dogmática de la máxima importancia que hemos de plantearnos.

Con carácter introductorio, ha de aceptarse el juego de conceptos que limita el alcance de las limitaciones del derecho de propiedad o, si se quiere, más genéricamente, de los derechos patrimoniales. En efecto, si bien tales derechos han de cumplir una función social que sirve para delimitar su contenido, éste no puede dejar de existir conforme a la imagen social del mismo en cada momento histórico<sup>39</sup>. El

<sup>38</sup> J.A. Esain (2022: 10), en cursiva en el original.

<sup>39</sup> Como se recordará, la exigencia de un contenido mínimo del derecho de propiedad, cuyas alteraciones habrán de ser indemnizadas, tiene su origen positivo en el Derecho público alemán. Véase la explicación de L. Parejo Alfonso (1978: 270 -272).

problema, a mi juicio, no está en la aceptación de ese planteamiento generalizado en los sistemas democráticos, sino en la identificación de los elementos determinantes del contenido esencial de los derechos afectados.

Pues bien, para lograr ese objetivo, me parece necesario partir de las dos premisas siguientes: primera, los bienes objeto de los derechos patrimoniales no son iguales; y segunda, la protección del medio ambiente es deber de todos, administraciones y particulares. Veamos qué aplicación cabe hacer de tales afirmaciones.

1ª) Las personas son iguales, los bienes no. Esto significa que, en la determinación de la función social de los derechos patrimoniales, es preciso considerar las características propias de los diferentes tipos de bienes. En el derecho positivo, la función social del derecho de propiedad se desarrolla a través de diversos regímenes jurídicos que establecen las características de la propiedad forestal, agraria y urbana como principales modalidades. La funcionalización conforma las distintas características jurídicas de las propiedades privadas.

No podemos, por tanto, configurar un sistema propietario que atribuya al titular cualquier aprovechamiento que pueda desear. Pensemos, por un momento, lo que implicaría aceptar los planteamientos de la Corte Suprema en la península de Magallanes: ¿habrían de reconocerse (o indemnizarse) 42 emprendimientos hoteleros y urbanísticos, es decir, tantos como fincas privadas existen en el área? ¿Realmente cabe sostener que los propietarios argentinos tienen derecho a hacer hoteles y urbanizaciones en áreas naturales cuyo valor se estima “indiscutible”?

La autoridad que protege un área natural no crea las características que la zona y las propiedades situadas en la misma ya poseen; se limita a declarar (o comprobar) los valores existentes<sup>40</sup>. En la península de Magallanes, las adquisiciones privadas lo fueron de fincas rústicas, cuyo destino propio era el aprovechamiento agrario (forestal, agrícola, ganadero) o el uso recreativo (esparcimiento, deporte, disfrute del ambiente natural), no el hotelero ni el urbanístico. Por tanto, la reconocibilidad de

---

<sup>40</sup> La naturaleza declarativa de las figuras protectoras fue identificada por M.S. Giannini (1976) a partir de los trabajos de la Commissione Franceschini (1967) sobre los bienes del patrimonio cultural, con planteamientos enteramente trasladables al patrimonio natural. El autor explicó el concepto de bien cultural (o natural) utilizando la distinción entre cosa y bien: habida cuenta de que las cosas u objetos de la realidad permiten diversos bienes o utilidades definidos por el ordenamiento jurídico, la noción de bien cultural (o natural) podría explicarse como un bien o utilidad colectiva proyectado sobre determinados objetos. De esta manera, toda la problemática de la incidencia de los bienes culturales (o naturales) sobre la propiedad privada recibe una explicación: el bien cultural (o natural) expresa un derecho de disfrute público compatible con el derecho del propietario sobre el mismo objeto. Liberado el concepto de bien cultural (o natural) del condicionante propietario, ya es posible obtener todas las consecuencias de su caracterización como categoría genérica, susceptible, pues, de medidas de protección aun al margen de la previa declaración y sin implicar indemnización para el propietario.

su derecho ha de referirse a esas características que se corresponden con la imagen social de una propiedad rural de alto valor ecológico.

2ª) Todos los habitantes tienen el derecho al ambiente y el deber de preservarlo, tal y como se establece en el art. 41 de la Constitución de Argentina, donde expresamente se ordena también que las actividades productivas han de satisfacer “las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”. No cabe, pues, establecer esa dicotomía que, en el razonamiento de la Corte, diferenciaría entre una protección del medio ambiente vinculada al poder público y un aprovechamiento libre de los bienes otorgado a los particulares. Carece, en efecto, de sentido imponer dentro de un área natural protegida una compatibilización entre desarrollo y ambiente similar a la que cabría establecer en ámbitos urbanos. En los ecosistemas protegidos prima el principio de conservación<sup>41</sup>.

Ciertamente, como venimos sosteniendo, la función social del derecho de propiedad ha de hacerse compatible con la utilidad privada reconocida a su titular, pero eso no significa, insistimos, que cualquier aprovechamiento deseado haya de ser reconocido por el orden jurídico. Debe tratarse en todo caso de contenidos patrimonializados, es decir, derechos efectivamente incorporados al patrimonio del titular, no meras expectativas. En el derecho comparado, podemos encontrar algunos ejemplos del alcance que cabría dar a la necesidad de respetar el contenido esencial de los derechos de propiedad<sup>42</sup>.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español puede citarse el caso de la Ley de Reforma Agraria andaluza (Sentencia de 26/03/1987), donde se fijaron varios criterios para determinar el contenido esencial del derecho de propiedad, cuya violación generaría derecho a la correspondiente indemnización: primero, la “*recognoscibilidad*” del derecho de propiedad establecido por el legislador, aspecto que remitía a la comparación con el tipo de derecho dominical correspondiente al “momento histórico de que se trate”; segundo, la “*practicabilidad*” del contenido del derecho, es decir, “la posibilidad efectiva de realización del derecho”, que había de dar la oportunidad de una rentabilidad al propietario; y tercero, la “*proporcionalidad*” de la delimitación establecida por el legislador, “sin que las limitaciones y los deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha intervenido en cuestiones cercanas al plantearse la distinción entre las delimitaciones del contenido del derecho

---

<sup>41</sup> Véase en tal sentido, J.A. Esain (2022: 7), quien afirma que “estamos ante un microsistema jurídico dentro del derecho ambiental, el que parte de un principio básico de *conservación de la naturaleza*”.

<sup>42</sup> Cabe remitir ampliamente a la monografía sobre la propiedad constitucional de H. Santaella Quintero (2019), que lleva a cabo un sólido estudio comparado entre los ordenamientos español y colombiano.

de propiedad, que lícitamente pueden imponerse sin compensación, y las privaciones del derecho, que sólo son admisibles si se realizan con la correspondiente indemnización. El criterio para identificar una privación es aquí el *“auténtico y definitivo desapoderamiento, no una mera restricción de la facultad de goce y disposición, por grave o intensa que sea”*. Debe tratarse de una pérdida efectiva del dominio, de una sustracción, un despojo, una completa eliminación de toda posibilidad de disfrute o disposición. En otro caso, el Tribunal Europeo califica la injerencia como lícita reglamentación del uso de los bienes<sup>43</sup>.

## 6. Conclusión

A la vista de cuanto hemos razonado previamente, discrepamos de los razonamientos desenvueltos por la Corte Suprema de la Nación en los casos Coihue y Apen Aike: *a)* aun antes de aprobarse el plan de manejo del área natural protegida, el derecho positivo aplicable en el parque provincial de la península de Magallanes establecía, sin ninguna incertidumbre, la imposibilidad de construir hoteles o de realizar subdivisiones en las propiedades comprendidas en el mismo, prohibiciones cuyo fundamento y alcance se han confirmado plenamente en el plan de manejo ya aprobado; *b)* la función social de las propiedades situadas en el parque provincial se vincula a su primitiva vocación agraria o recreativa, que debe proporcionar los criterios para identificar el contenido esencial de los derechos afectados, los cuales en ningún caso podrían incluir expectativas de desarrollo hotelero ni urbanístico; y *c)* en consecuencia, debía haberse rechazado tanto la ilegitimidad de las prohibiciones establecidas en el parque provincial como la solicitud de indemnización, cuyo reconocimiento creo que ha constituido una ganancia inmerecida para la empresa demandante.

---

<sup>43</sup> Véase el completo estudio de esta jurisprudencia de J. Barcelona Llop (2013: 55-102). Entre las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que emplea el autor, cabría recordar el caso *Sporrong y Lönnroth c/ Suecia* (1982), que examina la no ejecución por el Ayuntamiento de Estocolmo de las potestades expropiatorias de ciertos inmuebles congelados en su situación, pues aunque ello hacía precario el derecho de propiedad, que perdió parte de su sustancia, los propietarios “han podido continuar usando sus bienes y si las ventas de inmuebles afectados en Estocolmo por permisos de expropiación y prohibición de construir han resultado más difíciles, la posibilidad de vender ha subsistido”; los casos *Melhacher* y otros *c/ Austria* (1989) y *Hutten-Czapska c/ Polonia* (2006), donde se considera que la reducción por ley del precio de los alquileres no implicó privación del derecho a usar, arrendar y vender el bien, aunque conllevara la pérdida de una parte de las rentas inmobiliarias como consecuencia del lícito ejercicio del poder estatal de regular el uso de los bienes; o los casos *Scordino c/ Italia* (2004) y *Maioli c/ Italia* (2011), en los que la prohibición de construir por la sujeción de los suelos a la posibilidad de expropiación, que no llegó a producirse, se estima que no constituyó una privación, porque el derecho no había desaparecido al no haber perdido los propietarios ni el acceso al terreno ni la titularidad del dominio.

## 7. Bibliografía

Administración de Parques Nacionales (2007), *Las áreas protegidas de la Argentina*, Buenos Aires, 83 págs. ([www.sib.gob.ar](http://www.sib.gob.ar)).

Administración de Parques Nacionales (2010), *Guía para la elaboración de planes de gestión en áreas protegidas*, Buenos Aires, 148 págs. ([www.sib.gob.ar](http://www.sib.gob.ar)).

Administración de Parques Nacionales (2019), *Plan de gestión del parque nacional Los Glaciares, patrimonio natural de la humanidad*, 394 págs. ([www.sit.gob.ar](http://www.sit.gob.ar)).

Barcelona Llop, Javier (2013), *Propiedad, privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 268 págs.

Commissione Franceschini (1967), *Per la salvezza dei beni culturali in Italia. Atti e documenti della Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*, Roma, Colombo, 3 vols., 858, 989 y 637 págs.

Esain, José Alberto (2022), "La Corte y los confines del Derecho ambiental", *La Ley*, 09/03/2022, 6-12.

Figuroa, Lucas M. (2018), "Suben y bajan... Análisis de la adecuación normativa de las provincias argentinas a la Ley nacional de presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos", *Actualidad Jurídica Ambiental*, 76, 1-26.

Giaccardi, Maricel & Tagliorette, Alicia, comp. (2007), *Efectividad del manejo de las áreas protegidas marino-costeras de la Argentina*, Buenos Aires, Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable & alii, 104 págs.

Giannini, Massimo Severo (1976), "I beni culturali", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, 3-38.

Gobierno de la Provincia Santa Cruz (2022), *Plan de manejo ANP península de Magallanes*, 186 págs. + 4 anexos ([www.santacruz.gob.ar](http://www.santacruz.gob.ar)).

Iza, Alejandro & Rovere, Marta Brunilda (2006), *Aspectos jurídicos de la conservación de los glaciares*, Gland (Suiza), UICN, 284 págs.

Lannutti, E. & alii (2020), "Modelado numérico de las oscilaciones frontales y ocurrencia de formación de diques de hielo del glaciar Perito Moreno, campo de hielo Patagónico Sur", *Cuadernos de Investigación Geográfica*, 46 (1), 251-283.

López Alfonsín, Marcelo Alberto (2015), *Los parques nacionales argentinos. Consecuencias de la constitucionalización del ambiente en el Sistema nacional de áreas protegidas*, Buenos Aires, Eudeba, 317 págs.

López Alfonsín, Marcelo Alberto (2016), *El sistema nacional de áreas protegidas en Argentina*, Buenos Aires, Jusbaire, 128 págs. (edición bilingüe español-inglés).

López Ramón, Fernando (2011), “El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho español”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 20 (2011), 13-27.

Martín, Guillermo (2013), “Parques interjurisdiccionales: un nuevo modelo de área protegida para analizar”, Buenos Aires, 16 págs. ([naturalezayrecursos.wordpress.com](http://naturalezayrecursos.wordpress.com)).

Miller, Kenton (1980), *Planificación de parques nacionales para el ecodesarrollo en Latinoamérica*, Madrid, Fundación para la Ecología y la Protección del Medio Ambiente, 500 págs.

Parajo Alfonso, Luciano (1978), “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (I)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 17, 245-272.

Peri, Pablo Luis, Quevedo, Carla, Urquiza, Javier de & Alberti, Ayelén (2021), *Segundo ordenamiento territorial de los bosques nativos de la Provincia de Santa Cruz*, Consejo Agrario Provincial de Santa Cruz, 20 págs.

Riva, Ignacio M. de la (2018), “Contenidos básicos del régimen federal argentino de áreas naturales protegidas”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XVII, 135-160.

Santaella Quintero, Héctor (2019), *La propiedad privada constitucional: una teoría*, Madrid, Pons, 369 págs.

Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable (2018), *Informe nacional ambiente y áreas protegidas de la Argentina 2008-2018*, 60 págs. ([www.argentina.gob.ar/archivos/APs](http://www.argentina.gob.ar/archivos/APs)).

Thomas, Lee & Middleton, Julie (2003), *Guidelines for Management Planning of Protected Areas*, Gland (Suiza), IUCN, 79 págs.

Wikipedia, voz “Áreas naturales protegidas en Argentina” (consulta 23/04/2022).

# CRÓNICAS Y DOCUMENTOS





# La regulación de los alcoholímetros antiarranque o alcolocks

*Manuel Izquierdo-Carrasco*<sup>1</sup>

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Córdoba

Correo electrónico: manuel.izquierdo@uco.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ ES EL ALCOLOCK?. II. NORMATIVA GENERAL SOBRE SEGURIDAD VIAL APLICABLE AL ALCOLOCK. 1. Normativa de la Unión Europea. 2. Normativa española. A. El deber de instalar alcoholímetros antiarranque en ciertas categorías de vehículos. B. El respaldo sancionador de este deber. III. NORMATIVA TÉCNICA APLICABLE A LA INTERFAZ. IV. EL ALCOHOLÍMETRO ANTIARRANQUE COMO INSTRUMENTO DE MEDIDA, LAGUNAS NORMATIVAS Y SU RELACIÓN CON LA REGULACIÓN METROLÓGICA SOBRE ETILÓMETROS. 1. Lagunas normativas y necesidad de una regulación metrológica. 2. Alcoholímetros antiarranque versus etilómetros. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Una reciente modificación de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial ha impuesto el deber de instalar alcoholímetros antiarranque en ciertos vehículos destinados al transporte colectivo de viajeros. En este trabajo se expone lo que son jurídicamente estos alcoholímetros, su funcionamiento, su relación con la legislación europea sobre homologación de vehículos y el respaldo sancionador de dicho deber. A partir de ahí, se estudian y ponen de manifiesto dos cuestiones. En primer lugar, la necesidad de que ese deber se complete con una regulación de las características metrológicas de este instrumento de medida y de otros aspectos vinculados con su instalación y uso. En segundo lugar, la imposibilidad de aplicar a los alcoholímetros antiarranque la vigente reglamentación metrológica sobre etilómetros, a pesar de su conexión conceptual.

PALABRAS CLAVE: alcolock, alcoholímetro antiarranque, etilómetro, seguridad vial, metrología legal

---

<sup>1</sup> Proyecto de investigación Excelencia 00903/2022 (Junta de Andalucía). Grupo de Investigación SEJ-196.

**ABSTRACT:** A recent amendment to the Road Traffic Act has imposed the duty to install alcohol interlocks on certain buses and minibuses. This paper analyses which is the nature of these alcohol interlocks, how they work, its relationship with the European Regulation on type-approval requirements for motor vehicles, as well as the rules regarding penalties applicable to the infringement of the aforementioned duty. Once these questions have been discussed, the author deals with two important issues. First, if it is necessary to complement this duty with additional regulation regarding the metrological characteristics of this measuring instrument and other elements linked to its use and installation. Second, the inability to apply to the alcohol interlocks the current metrological regulation on evidential breath analysers, despite its clearly conceptual connection.

**KEYWORDS:** Alcolock, alcohol interlocks, evidential breath analysers, road safety, legal metrology

### I. INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ ES EL ALCOLOCK?

Según datos de la Dirección General de Tráfico, de cada 100 accidentes de tráfico mortales en España, entre 30 y 50 están relacionados con el alcohol<sup>2</sup>. En la misma línea, la Memoria sobre Hallazgos Toxicológicos en Víctimas Mortales de Accidente de Tráfico concluye que «de 812 conductores fallecidos en accidentes de tráfico y sometidos a autopsia, 401 (49,4%) arrojaron resultados toxicológicos positivos a alcohol, drogas de abuso y psicofármacos, aisladamente o en combinación» (Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, 2021, p. 13)<sup>3</sup>. De manera separada por sustancia, el 34,5 % de los conductores fallecidos presentaron una concentración de alcohol en sangre igual o superior a 0,30 g/L (*ibidem*, p. 14). Estas cifras evidencian el alcance del problema del consumo del alcohol para la seguridad vial y explican la búsqueda por parte de los poderes públicos de mecanismos y actuaciones para intentar revertir esta situación.

Como reconoce la Comisión Europea (2016, p. 4), «la seguridad vial debe adoptar un enfoque integrado y la seguridad de los vehículos es solo uno de los factores que determinan el resultado». Precisamente, en este trabajo nos ocuparemos de uno de los mecanismos más recientes que se ha implementado en la Unión Europea y en España vinculado con la seguridad de los vehículos y con esta finalidad: los alcoholímetros de interrupción de encendido de vehículos automóviles, más conocidos

---

<sup>2</sup> <https://pnsd.sanidad.gob.es> > Alcohol\_conduccion

<sup>3</sup> La memoria parte de los resultados de 812 conductores y 180 peatones fallecidos en accidentes de tráfico durante el año 2021 a los que se realizaron pruebas *post mortem*. Eso supone casi la totalidad de los fallecidos, pues los datos oficiales de fallecidos para ese año son 1004 (<https://revista.dgt.es/es/noticias/nacional/2022/01ENERO/0107-Balance-prov-accidentalidad-2021.shtml>).

con la abreviatura alcolocks (de ALCOHOL interLOCKS) (BAIID, Breath Alcohol Ignition Interlock Device). Esa aproximación se hará fundamentalmente desde el punto de vista de la metrología legal.

El alcolock se define en la norma EN 50436-1:2014 -sobre la que volveremos más adelante- como un «dispositivo que normalmente está en estado de bloqueo cuando se instala para evitar el arranque del vehículo motor, y que puede llevarse al estado de no bloqueo solo después de la presentación y análisis de una muestra de aliento con una concentración de alcohol por debajo de un valor límite» (traducción propia de la versión en inglés)<sup>4</sup>. Por tanto, se trata de un dispositivo electrónico conectado con los sistemas de encendido/arranque de un vehículo a motor. Su propósito es que el conductor deba efectuar un autocontrol de alcoholemia antes de permitir el arranque. Si el resultado obtenido en esa prueba supera la tasa de alcohol étílico (etanol) en aire espirado establecida por la normativa -y que ha debido ser precargada en la configuración del dispositivo-<sup>5</sup>, el mecanismo impide que el motor del vehículo arranque. Es un accesorio que no suele estar en los vehículos cuando estos salen de fábrica, sino que se instala con posterioridad.

A grandes rasgos, el alcolock consta de dos componentes: la parte que va unida a los circuitos eléctricos y de control del vehículo, que detecta el estado de arranque/marcha del vehículo e impide, en su caso, su arranque/encendido (la norma UNE-EN 50436 denomina a esta parte como «unidad de control»); y la parte externa o terminal sobre la que se realiza la prueba de alcoholemia.

## II. NORMATIVA GENERAL SOBRE SEGURIDAD VIAL APLICABLE AL ALCOLOCK

### 1. Normativa de la Unión Europea

El Reglamento (UE) 2019/2144 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, relativo a los requisitos de homologación de tipo de los vehículos de motor y de sus remolques, así como de los sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a esos vehículos, en lo que respecta a su seguridad

---

<sup>4</sup> En la misma línea, el punto 3.3 del Anexo I del Reglamento Delegado (UE) 2021/1243 de la Comisión, de 19 de abril de 2021, por el que se completa el Reglamento (UE) 2019/2144 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de disposiciones de aplicación sobre la interfaz para la instalación de alcoholímetros antiarranque en los vehículos de motor y por el que se modifica el anexo II de dicho Reglamento.

<sup>5</sup> 0,25 mg/L para los conductores en general y 0,15 mg/L para los conductores noveles y profesionales (ex art. 20 Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo).

general y a la protección de los ocupantes de los vehículos y de los usuarios vulnerables de la vía pública, regula, entre otras cuestiones, lo que denomina «sistemas avanzados para los vehículos de motor». Como novedad y siguiendo las propuestas de la Comisión Europea (2016, p. 9)<sup>6</sup>, este reglamento impone que todos los vehículos a motor incorporen una serie de esos sistemas avanzados, entre los que se incluye la interfaz para la instalación de alcoholímetros antiarranque (art. 6)<sup>7</sup>.

Seguidamente, el Reglamento fija las siguientes fechas relevantes:

- Fecha de denegación de la homologación de tipo UE si el vehículo no consta de dicha interfaz: 6 de julio de 2022.

- Fecha de prohibición de la matriculación de vehículos si no poseen dicha interfaz: 7 de julio de 2024.

Debe destacarse que lo que este Reglamento impone es que los vehículos dispongan de una interfaz que permita la instalación de un alcoholímetro, pero no obliga a que dicho alcoholímetro esté instalado. Esta cuestión queda en manos de los Estados Miembros, a quienes corresponderá determinar en qué supuestos será ello necesario. Eso es lo que ha hecho recientemente España.

## 2. Normativa española

A. El deber de instalar alcoholímetros antiarranque en ciertas categorías de vehículos

La Ley 18/2021, de 20 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, en materia del permiso y licencia de conducción por puntos, incorpora a dicho texto refundido una

---

<sup>6</sup> En el mencionado Informe «Salvar vidas: impulsar la seguridad de los vehículos en la UE», la Comisión Europea incluye entre las «cuestiones clave que hay que abordar en la revisión y posible actualización de normativas», la normalización de la interfaz del dispositivo de bloqueo de encendido en caso de consumo de alcohol. No obstante, resulta un tanto sorprendente que la Comisión incluya esta interfaz entre las medidas de seguridad pasiva (aquellas destinadas a paliar las consecuencias de los accidentes, como las pruebas de impacto lateral o trasero) y no entre las medidas de seguridad activa (aquellas destinadas a evitar accidentes, como la detección de somnolencia o distracción del conductor).

Por su parte, un estudio de la viabilidad, costes, beneficios y análisis coste/beneficio de esta medida, con referencia a distintos trabajos publicados al respecto (Hynd, D. y otros, 2015, pp. 424-ss.)

<sup>7</sup> En estudios previos, la Asociación Europea de Fabricantes de Automóviles (ACEA, por sus siglas en inglés) indicó que, en lugar de una interfaz estándar, sería preferible que todos los fabricantes proporcionaran a los instaladores autorizados información normalizada sobre cómo se puede instalar un sistema antiarranque en sus vehículos, a fin de reducir el potencial de explotación no intencionada de una interfaz estándar (Hynd, D. y otros, 2015, pp. 13 y 68). También se han discutido los riesgos vinculados con la posibilidad de ciberataques que esta interfaz podría abrir.

Disposición adicional decimoquinta, con el título «Uso de dispositivos alcoholímetros antiarranque» y el siguiente contenido:

«A partir del 6 de julio de 2022, los vehículos de categoría M2 y M3 que dispongan de interface normalizada para la instalación de alcoholímetros antiarranque destinados al transporte de viajeros deberán disponer de alcoholímetros antiarranque. Los conductores de estos vehículos vendrán obligados a utilizar estos dispositivos de control del vehículo.»

Se trata de una previsión novedosa en el derecho español, que por primera vez impone el uso de estos alcoholímetros antiarranque<sup>8</sup>. Con anterioridad, la modificación introducida en el artículo 83 del Código Penal por el artículo único.42 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se limitó a prever la facultad del juez o tribunal de imponer su uso como condicionante de la suspensión de la pena privativa de libertad<sup>9</sup> -sobre este precepto volveremos más adelante-.

La situación es bien distinta en el derecho comparado. Por ejemplo, en Francia, estos dispositivos ya eran obligatorios desde 2010 para los autobuses que transportaban niños -esto es, mucho antes de que la existencia de una interfaz normalizada se introdujera como requisito para la homologación del vehículo- y desde septiembre de 2015 para todos los autobuses destinados al transporte colectivo de personas. Otros países europeos con regulaciones sobre esta cuestión son Italia, Bélgica o Polonia.

La disposición transcrita se limita a acotar el ámbito material de aplicación del deber de disponer de alcoholímetros antiarranque. Tal acotamiento se hace en términos muy reducidos por los siguientes motivos:

---

<sup>8</sup> No obstante, la inexistencia de una previsión como la comentada no ha impedido que desde hace unos años se haya incluido una referencia a los alcoholímetros antiarranque en algunos pliegos de licitaciones públicas relacionadas con el transporte por carretera. Por ej., en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato denominado «Servicio de transporte escolar en los centros docentes públicos de la provincia de Huelva dependientes de la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía» (Expte. 00098/ISE/2020/HU), convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, Gerencia Provincial de Huelva. Este pliego dispone: «Seguridad de los medios materiales empleados. Con el fin de garantizar una mayor calidad y seguridad en la prestación del servicio así como medida preventiva se establece un compromiso de instalación en todos los vehículos a utilizar en la ejecución del contrato de dispositivos 'alcolock' o antiarranque del vehículo que cumpla con los requisitos de la norma europea EN 50436-2, en caso de que el conductor posea una concentración de alcohol superior (tasa de aire espirado) a la señalada para el transporte de viajeros en el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación. El cumplimiento de este requisito se regirá por lo regulado en la cláusula 5 del PPT. La puntuación se otorgará conforme al compromiso expresado de instalar en todos los vehículos a utilizar en la ejecución del contrato dispositivos 'alcolock' o antiarranque del vehículo.»

<sup>9</sup> «8.ª. Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor; cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos.»

a) Sólo se aplica a los vehículos de categoría M2 (vehículos destinados al transporte de personas que tengan, además del asiento del conductor, más de ocho plazas y cuya masa máxima no supere las 5 toneladas) y M3 (Vehículos destinados al transporte de personas que tengan, además del asiento del conductor, más de ocho plazas y cuya masa máxima supere las 5 toneladas)<sup>10</sup>. A este respecto, debe destacarse que el proyecto de ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos y Seguridad Vial aprobado por el Congreso y remitido al Senado<sup>11</sup> incluía también a los vehículos de las categorías N2 y N3 (vehículos destinados al transporte de mercancías), pero que tal referencia se eliminó en la tramitación parlamentaria fundamentalmente por el coste económico que generaba<sup>12</sup>.

b) Sólo se aplica a los vehículos que dispongan de la interfaz normalizada para la instalación del alcoholímetro. Recuérdese que dicha interfaz es obligatoria para la homologación de tipo en la UE desde julio de 2022 y que se permite la matriculación de vehículos sin dicha interfaz hasta julio de 2024. Esto es, a diferencia de lo ocurrido en otros Estados que han establecido una medida similar, aquellos vehículos destinados al transporte de viajeros que no dispongan de dicha interfaz no estarán sometidos a este deber. Evidentemente, esto supone dejar fuera de la medida a la inmensa mayoría de los vehículos (autobuses) que prestan el servicio de transporte colectivo de viajeros en España. Será el paso de los años lo que vaya revirtiendo paulatinamente esta situación. En fin, se ha optado por la imposición del deber en su modalidad más suave.

c) No se ha previsto la imposición como medida de seguridad por autoridades administrativas o judiciales del uso de estos dispositivos a aquellos conductores que hayan cometido infracciones administrativas o ilícitos penales de seguridad vial vin-

---

<sup>10</sup> Correspondería también con el concepto de autobús o autocar que recoge el Anexo I de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

<sup>11</sup> 621/000031. Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 50, Núm. exp. 121/000050. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, XIV Legislatura, n.º 243, de 15 de octubre de 2021.

<sup>12</sup> Una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, que afirma que es a iniciativa de la Dirección General de Tráfico (!), propuso la eliminación de cualquier referencia a los vehículos de categoría N2 y N3 con la siguiente motivación: «Al contrario que el sector de transporte de viajeros por carretera, el sector de transporte de mercancías no ha demandado ni directamente, ni a través de Comité Nacional de Transportes por Carretera (CNTC), la incorporación de dispositivos alcoholímetros antiarranque a los vehículos N2 y N3.

La instalación de estos dispositivos supone un elevado coste que en las actuales circunstancias económicas las empresas de transporte de mercancías por carretera probablemente no están en condiciones de afrontar. Ello sin mencionar los costes derivados del mantenimiento de estos dispositivos que son instrumentos de precisión y que requieren de calibración periódica.

El sector de transporte de mercancías por carretera es un sector estratégico, delicado y sensible y una medida de esta naturaleza no debería plantearse sin consultar al CNTC.» (BOCG. Senado, apartado I, núm. 251-2397, de 08/11/2021).

culadas con el consumo de alcohol<sup>13</sup>. Debe tenerse en cuenta que este instrumento se desarrolló inicialmente en EE.UU. -en 1970- y Canadá con esta finalidad. También en países de la Unión Europea, por ej., en Francia<sup>14</sup>, se ha regulado su uso en este contexto<sup>15</sup>. En esta línea, el Anexo I de la Directiva 2006/126/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el permiso de conducción, al regular las menciones adicionales o restrictivas en forma codificada con respecto a cada categoría del permiso de conducción, incluye, con el número 69, el siguiente: «Limitación a conducción de vehículos equipados con dispositivo antiarranque en caso de alcoholemia conforme a la norma EN 50436. La indicación de una fecha de caducidad es optativa [por ejemplo “69” o “69(01.01.2016)”]».

En el caso de España, aunque la exigencia de proporcionalidad al legislador a la hora de determinar las sanciones es especialmente compleja de controlar y exigir judicialmente y el margen de apreciación amplísimo, podría debatirse la oportunidad de introducir esta medida y en qué condiciones como complemento o alternativa a la sanción de privación del derecho a conducir vehículos a motor prevista en el art. 379 del Código Penal (delito de conducción bajo la influencia del alcohol o con superación de determinadas tasas). Como se dijo más arriba, en la actualidad, el art. 83.1.8<sup>a</sup> CP solo contempla su imposición como una condición para una posible suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad. E incluso así, dado el contexto punitivo previsto por el Código Penal, su aplicación es bastante limitada<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Sobre las evidencias científicas de la eficacia del uso de etilómetros antiarranque en estos supuestos, con datos referidos a 2005, se calcula que «si todos los conductores sancionados por conducir con un nivel de alcoholemia superior al permitido debieran instalar un alcolock en su vehículo podrían salvarse en España unas 115 vidas; el número de heridos graves se reduciría en 568 y en 2.885 el número de heridos leves.» (Fundación Instituto Tecnológico para la Seguridad del Automóvil, 2007, sin paginación). También contiene abundantes referencias a estudios sobre los resultados de la implementación de estos dispositivos (Bax, C., y otros, 2001).

<sup>14</sup> Vid. Décret n° 2018-795, du 17 septembre 2018, relatif à la sécurité routière, que contiene una sección completa, con el título «Usage du dispositif homologué d'antidémarrage par éthylotest électronique», que modifica diversos preceptos del Código de la Circulación (Code de la route), previendo que el Prefecto pueda restringir el derecho de conducir de un conductor que haya cometido ciertas infracciones vinculadas con el consumo de alcohol a hacerlo exclusivamente en vehículos equipados de un dispositivo homologado de antiarranque por «éthylotest électronique». También resulta de interés el Décret n° 2011-1661, du 28 novembre 2011, relatif aux dispositifs d'antidémarrage par éthylotest électronique, donde se regulan cuestiones vinculadas tanto de la homologación de estos dispositivos y sus verificaciones, como de los sujetos habilitados para su instalación.

<sup>15</sup> El primer programa piloto de uso del alcolock con esta finalidad en la Unión Europea fue en Suecia en 1999 (Ecorys, 2014, p. 41). También se citan experiencias en Finlandia, Países Bajos y Bélgica.

<sup>16</sup> El art. 379 CP prevé para quien conduzca un vehículo motor o ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas una sanción de prisión de tres a seis meses «y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años». Por tanto, puesto que el reo estará privado necesariamente del derecho a conducir por un plazo superior al hipotético de prisión, la medida resulta inaplicable. En su caso, tal previsión normativa debería ser modificada.

En cuanto a las infracciones administrativas, también podría debatirse su introducción como complemento o alternativa a la pérdida de puntos vinculada con esta conducta. Además, si ello se efectúa con una adecuada técnica normativa, podría argumentarse con rotundidad que esta medida no tiene naturaleza sancionadora, obviando así el debate doctrinal habido en torno a la naturaleza jurídica de la pérdida de puntos<sup>17</sup>.

#### B. El respaldo sancionador de este deber

Esta previsión se acompaña de la correspondiente ampliación en el catálogo de los tipos infractores para darle un respaldo sancionador. Se añade una nueva infracción muy grave en el art. 77 de la Ley de Tráfico consistente en «incumplir las normas sobre el uso de los alcoholímetros antiarranque» (letra w). A nuestro juicio, al menos en las formas de comisión que entendemos que podrían ser más habituales (por ej., suplantación en la persona que realiza la prueba) se trataría de una infracción de estado. Tal y como argumenta la STSJ de Aragón, sala de lo contencioso-administrativo, de 18 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TSJAR:2016:1344), la infracción de estado «se caracteriza porque la consumación se genera por un acto material que no es preciso reiterar, pero que produce, sin embargo, efectos de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido que se prolongan durante un tiempo que puede ser más o menos dilatado» (FJ 2<sup>o</sup>). Esto es, la consumación se produciría en el acto de realización de la prueba por otra persona, aunque la puesta en peligro del bien jurídico protegido se prolongaría en el tiempo (estaría conduciendo una persona que no ha realizado la prueba y que posiblemente tenga una tasa de alcohol superior a la permitida). La consecuencia de esta calificación jurídica, como también recuerda la mencionada sentencia, es que «en esta modalidad de infracción no rige la especialidad aplicable a las continuadas y permanentes, sino el principio general conforme al que el *dies a quo* es de la comisión del inicial acto que genera la situación de infracción (baste citar al respecto por su claridad la STSJ País Vasco, sección 2, 16 de septiembre de 2005, (ROJ: STSJ PV 3643/2005))»<sup>18</sup>. Bien es cierto que, en este supuesto, por las circunstancias concurrentes (el tiempo de conducción del conductor desde el momento del arranque será evidentemente limitado), la relevancia de la aplicación de una u otra regla a los efectos de la determinación de ese *dies a quo* es tremendamente escasa, aunque también podría tener consecuencias a otros efectos<sup>19</sup>.

---

La medida sí podría ser aplicada en otros delitos, por ej., en el previsto en el art. 142 -homicidio que se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o ciclomotor-, donde la pena de privación del derecho a conducir que se imponga tuviera una extensión en el tiempo inferior a la de prisión.

<sup>17</sup> Sobre la pérdida de puntos y su naturaleza jurídica, vid. Cano Campos (2010, pp. 498-ss; 2011, pp. 324-ss.) y Casino Rubio, M. (2009, pp. 253-ss.).

<sup>18</sup> Vid. también De Palma del Teso (2001, pp. 553-ss).

<sup>19</sup> A este respecto, Roxin (2008, p. 330), aunque en el ámbito del Derecho Penal, identifica consecuencias a los efectos de la autoría y participación, y para la teoría del concurso de distintas acciones punibles.

Los datos con los resultados de la prueba son datos de carácter personal que quedan archivados en el dispositivo, pero tal tratamiento o cualquier otro posterior -por ejemplo, como base para hipotéticas sanciones administrativas- está sometido a la legislación de protección de datos personales<sup>20</sup>. La normativa no tipifica como infracción administrativa ni encaja en el tipo específico expuesto el hecho de que el conductor al realizar la prueba con el dispositivo supere la tasa de alcohol y, por tanto, el vehículo no arranque. Además, esa conducta tampoco se podría encuadrar en la infracción consistente en «conducir con tasas de alcohol superiores...» por la sencilla razón de que no habría habido conducción, pues el vehículo no habría arrancado. Cosa distinta es que de esa conducta pudiera derivar, en su caso, responsabilidades disciplinarias de carácter laboral del trabajador frente a su empresa<sup>21</sup>, aunque ello siempre que se respete y con las condiciones impuestas por la legislación sobre protección de datos personales.

Por otro lado, en algún supuesto se podría producir una situación concursal entre ambas infracciones (incumplir las normas sobre el uso -por ej., es una persona distinta al conductor la que efectúa la prueba de alcoholemia- y conducir con tasas superiores a las permitidas). A nuestro juicio, se trataría de un concurso real de infracciones (varios hechos, varias infracciones). Lo que se podría discutir es si, además, se está ante un concurso medial, esto es, que la infracción consistente en incumplir las normas sobre el uso del alcoholímetro antiarranque es un medio para cometer la otra.

---

<sup>20</sup> No procede que nos detengamos en la compleja cuestión de si el dato del resultado es o no un dato relativo a la salud y, por tanto, de los especialmente protegidos. Es cierto que el Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento UE 2016/678, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016) define los «datos relativos a la salud» como «datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud» (art. 4). Pero también debe tenerse en cuenta el apartado 45 de la Memoria Explicativa del Convenio 108 del Consejo de Europa, sobre protección de los derechos de las personas en lo que se refiere al tratamiento de sus datos. Aquí se definen los «datos de carácter personal relativos a la salud» considerando que su concepto abarca «las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo», pudiendo tratarse de informaciones sobre un individuo de buena salud, enfermo o fallecido. Pero el citado apartado 45 añade que «debe entenderse que estos datos comprenden igualmente las informaciones relativas al abuso del alcohol o al consumo de drogas».

<sup>21</sup> Conectado con ello, recientemente, el Tribunal Supremo (STS de 21 de febrero, sala de lo social, ECLI:ES:TS:2023:720) ha establecido que la conducción bajo los efectos de las drogas -en el caso de autos, cocaína- es causa constitutiva de despido disciplinario para transportistas sin que sea necesario que haya maniobras extrañas o un siniestro circulatorio. A juicio del Tribunal Supremo, sobre la base de la descripción de los comportamientos sancionables en el convenio colectivo aplicable, basta que se acredite analíticamente la existencia de los estupeficientes. Además, la sentencia también destaca la conexión de la afectación y vinculación de la conducta con la relación laboral, no sólo porque incidió en la regularidad del servicio (los pasajeros debieron esperar a que llegaran conductores que se hicieran cargo del autobús), o porque la empresa tuviera que devolver el precio de los billetes abonados ante las reclamaciones de los clientes, sino también «por el descrédito (para el empleador) que conlleva la noticia sobre lo acaecido y la eventual desconfianza que de la misma pueda derivarse».

Entendemos que no, puesto que no existe una necesaria derivación de la segunda con respecto a la primera y viceversa (Izquierdo Carrasco, 2001, p. 232-235).

### III. NORMATIVA TÉCNICA APLICABLE A LA INTERFAZ

El mencionado Reglamento (UE) 2019/2144, de manera congruente con su objeto -homologación del vehículo-, se ocupa de los requisitos técnicos que debe cumplir la interfaz para la conexión del alcoholímetro antiarranque, pero no del alcoholímetro en sí mismo. En lo relativo a esos requisitos técnicos de la interfaz, este reglamento se remite a lo siguiente:

a) La norma EN 50436

La EN 50436 es una norma europea aprobada por el CENELEC (Comité Europeo de Normalización Electrotécnica)<sup>22</sup> y es considerada como una de las más rigurosas y completas del mundo<sup>23</sup> (Ecorys, 2014). En su redacción originaria, el Anexo II del Reglamento (UE) 2019/2144 remitía expresamente los requisitos relativos a esta interfaz al cumplimiento de esta norma europea. Con posterioridad, el Reglamento Delegado (UE) 2021/1243 de la Comisión -del que nos ocuparemos más adelante y que, en cualquier caso, no puede alterar el fondo de lo previsto en el Reglamento (UE) 2019/2144- modifica la redacción de ese Anexo II y sustituye esa referencia a la norma europea por una referencia a sí mismo, pues en su contenido reitera y desarrolla con más detalle esa remisión a la EN 50436. En definitiva, por una u otra vía, lo establecido en la EN 50436 deviene obligatorio para los fabricantes de vehículos, a pesar de que las normas europeas son como regla general de cumplimiento voluntario. Es el fenómeno que en otro lugar calificamos y analizamos como reenvío propio o directo (Izquierdo Carrasco, 2000, pp. 248-249) y que difiere en su naturaleza y efectos jurídicos de los reenvíos impropios u orientativos propios de las denominadas «normas armonizadas»<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Entidad reconocida como organización europea de normalización en el Anexo I del Reglamento (UE) n.º 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre la normalización europea.

<sup>23</sup> Un análisis de otras normas técnicas, en particular, estadounidenses y canadienses, aplicables a estos dispositivos (Bax, C., y otros, 2001, pp. 19-ss.)

<sup>24</sup> El Reglamento (UE) n.º 1025/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre la normalización europea, define la «norma armonizada» como aquella norma europea adoptada a raíz de una petición de la Comisión para la aplicación de la legislación de armonización de la Unión. Es un instrumento muy utilizado en el ámbito de la legislación de la Unión Europea de armonización técnica de la seguridad de los productos industriales que responde a los parámetros de la política conocida como «nuevo enfoque», aunque debemos advertir que la armonización de los requisitos técnicos de los vehículos a motor no se ajusta al modelo «nuevo enfoque». Estas normas armonizadas siguen siendo de cumplimiento voluntario, aunque el mismo conlleva una relevante presunción de conformidad con los

La norma EN 50436 consta de distintas partes. Algunas de esas partes tratan específicamente de la interfaz para la conexión -que es de lo que se ocupa el Reglamento (UE) 2019/2144-, pero también existen otras que se refieren al propio alcoholímetro (en particular, las partes 1 y 2 -la primera para alcoholímetros que se utilicen en programas contra infractores por conducción bajo los efectos del alcohol; y la segunda para un uso preventivo general, por ej., para ser utilizado por los conductores de autobuses-<sup>25</sup>). En principio, estas otras partes no estarían amparadas por esta remisión que, repetimos, se refiere a la interfaz y no al alcoholímetro. No obstante, al final, la situación es algo confusa pues el Reglamento Delegado (UE) 2021/1243 de la Comisión, de 19 de abril de 2021, por el que se completa el Reglamento (UE) 2019/2144 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de disposiciones de aplicación sobre la interfaz para la instalación de alcoholímetros antiarranque en los vehículos de motor y por el que se modifica el anexo II de dicho Reglamento, dispone en los requisitos técnicos de su Anexo que «La interfaz para la instalación de alcoholímetros antiarranque permitirá la instalación o retroadaptación de un alcoholímetro antiarranque conforme con las normas europeas EN 50436-1:2014 o EN 50436-2:2014+A1:2015». Esto es, la interfaz debe ser válida no para cualquier potencial alcoholímetro sino, en particular, para el regulado por dicha norma, por lo que, a fin de cuentas, también se le está dando un respaldo normativo indirecto a las partes relativas al alcoholímetro.

La Asociación Española de Normalización (antes conocida con las siglas AENOR, ahora UNE), que consta de un Comité Técnico de Normalización específico sobre Etilómetros (sic) de bloqueo de encendido de vehículos (CTN 209/SC 116-2), ha ratificado sus distintas partes<sup>26</sup>:

- UNE-EN 50436-4:2022. Alcoholímetros. Métodos de ensayo y requisitos de funcionamiento. Parte 4: Conexión e interfaz digital entre el alcoholímetro y el vehículo. (Ratificada por la Asociación Española de Normalización en septiembre de 2022.)

- UNE-EN 50436-4:2019. Alcoholímetros. Métodos de ensayo y requisitos de funcionamiento. Parte 4: Conectores para la conexión eléctrica entre el alcoholímetro y el vehículo. (Ratificada por la Asociación Española de Normalización en marzo de 2019.)

---

requisitos esenciales establecidos por la correspondiente disposición legislativa de la Unión. Un completo y actual estudio de las normas armonizadas, en Álvarez García (2020, *in totum*).

<sup>25</sup> En la fase de revisión de las pruebas de imprenta de este trabajo (agosto 2023), se ha producido la ratificación y publicación de la norma UNE-EN 50436-1:2023, que se refiere conjuntamente a ambos usos (programas contra infractores por conducción bajo los efectos del alcohol y para uso preventivo general).

<sup>26</sup> Téngase en cuenta que, en virtud de los compromisos internacionales asumidos por la Asociación Española de Normalización, una norma europea -norma EN- publicada debe tener el estatus de norma nacional -norma UNE-, e igualmente también existe la obligación de retirar cualquier norma nacional que entre en conflicto con ella. Esto garantiza que un fabricante tenga un acceso más fácil al mercado de todos los Estados miembros al aplicar las normas europeas.

- UNE-EN 50436-7:2016. Alcohólímetros. Métodos de ensayo y requisitos de funcionamiento. Parte 7: Documento de instalación (Ratificada por la Asociación Española de Normalización en febrero de 2017.)

- UNE-EN 50436-3:2016. Alcohólímetros. Métodos de ensayo y requisitos de funcionamiento. Parte 3: Guía para autoridades, toma de decisiones, compradores y usuarios (Ratificada por la Asociación Española de Normalización en febrero de 2017.)

- UNE-EN 50436-6:2015. Alcohólímetros. Métodos de ensayo y requisitos de funcionamiento. Parte 6: Seguridad de los datos. (Ratificada por AENOR en abril de 2015.)

- UNE-EN 50436-2:2014/A1:2015. Alcohólímetros. Métodos de ensayo y requisitos de funcionamiento. Parte 2: Instrumentos equipados de una boquilla y que miden la tasa de alcoholemia del aire expirado, para uso preventivo general. (Ratificada por AENOR en abril de 2015.)

- UNE-EN 50436-2:2014. Alcohólímetros. Métodos de ensayo y requisitos de funcionamiento. Parte 2: Instrumentos equipados de una boquilla y que miden la tasa de alcoholemia del aire expirado, para uso preventivo general. (Ratificada por AENOR en marzo de 2014.)

- UNE-EN 50436-1:2014. Alcohólímetros. Métodos de ensayo y requisitos de funcionamiento. Parte 1: Instrumentos para programas contra infractores por conducción bajo los efectos del alcohol. (Ratificada por AENOR en marzo de 2014. Vigente cuando se revisan estas líneas).

- UNE-EN 50436-1:2023. Alcohólímetros. Métodos de ensayo y requisitos de funcionamiento. Parte 1: Instrumentos equipados de una boquilla y que miden la tasa de alcoholemia del aire expirado, para programas contra infractores por conducción bajo los efectos del alcohol y para uso preventivo general. (Ratificada por la Asociación Española de Normalización en agosto de 2023.)

b) Los actos delegados que adopte la Comisión ex art. 6 Reglamento (UE) 2019/2144 y que contengan normas detalladas sobre los procedimientos de ensayo y los requisitos técnicos específicos para la homologación de tipo de vehículos con respecto a esos sistemas avanzados.

Con esta base se ha aprobado el Reglamento Delegado (UE) 2021/1243 de la Comisión, de 19 de abril de 2021, por el que se completa el Reglamento (UE) 2019/2144 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de disposiciones de aplicación sobre la interfaz para la instalación de alcohólímetros antiarranque en los vehículos de motor y por el que se modifica el anexo II de dicho Reglamento.

Los objetivos esenciales sobre los que este reglamento delegado se basa son dos y ambos se recogen en sus considerandos:

- Que la instalación del alcoholímetro antiarranque no debe interferir en el rendimiento o mantenimiento adecuado del vehículo ni afectar a su seguridad y protección.

- Que la forma en la que realizar dicha instalación debe ser lo más clara posible para instaladores especializados y formados.

En cuanto al primero, el Reglamento Delegado (UE) 2021/1243 parte implícitamente de que se consigue con el cumplimiento de lo previsto en la norma EN 50436 y no contiene prácticamente ninguna prescripción específica al respecto -a los sumo, el mandato de que «un alcoholímetro antiarranque instalado intervendrá únicamente en el proceso de arranque del motor o permitiendo que el vehículo se mueva impulsado por su propia potencia cuando se active el interruptor principal de control del vehículo, y no influirá en el motor en funcionamiento ni en el vehículo en movimiento»-.

En cuanto al segundo, que es sobre el que gira la mayor parte del contenido de este reglamento, su consecución pivota sobre el denominado «Documento de instalación». Este documento es elaborado por el fabricante. El reglamento establece que debe incluir al menos una de las opciones 3a, 3b o 3c del anexo C (Esquemas de conexión) de la norma EN 50436-7:2016 (lo que implica que así ha debido ser diseñado/fabricado el vehículo) y regula aspectos relativos a su contenido y al acceso a tal información por terceros.

c) Los actos de ejecución que adopte la Comisión ex art. 4 Reglamento (UE) 2019/2144 y que contengan las disposiciones relativas a procedimientos uniformes y especificaciones técnicas para la homologación de tipo de los vehículos, los sistemas, los componentes y las unidades técnicas independientes.

Finalmente, debe destacarse que, a diferencia de lo que ocurre en la inmensa mayor parte de las materias reguladas por este Reglamento (UE) 2019/2144, sobre esta cuestión no hay remisión alguna a los Reglamentos de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas que establecen disposiciones uniformes relativas a la homologación de vehículos.

#### IV. EL ALCOHOLÍMETRO ANTIARRANQUE COMO INSTRUMENTO DE MEDIDA, LAGUNAS NORMATIVAS Y SU RELACIÓN CON LA REGULACIÓN METROLÓGICA SOBRE ETILÓMETROS

##### **1. Lagunas normativas y necesidad de una regulación metrológica**

Hoy en día, no hay ninguna legislación española que regule las características que deben cumplir estos alcoholímetros, quién puede instalarlos, sus requisitos de verificación periódica, etc. Como se dijo más arriba, otros países, como Francia, que han establecido deberes de utilización similares al que establece la Ley de Tráfico y Seguridad Vial, sí han regulado estas cuestiones. No es congruente ni tiene sentido imponer el deber de instalar y utilizar este tipo de alcoholímetros y no regular a renglón seguido sus características y toda otra de serie de cuestiones relacionadas. Esto genera una indeseable situación de inseguridad jurídica que debería resolverse lo antes posible -bien es cierto que, como se dijo, inicialmente, la relevancia práctica real de dicho deber va a ser muy reducida-. A falta de esa normativa, se podría acudir a las partes correspondientes de la mencionada norma UNE-EN 50436. No obstante, al menos, se necesitaría una remisión expresa a dicha norma técnica y, en cualquier caso, ésta no cubre todos los aspectos que deberían regularse. Analicemos a continuación las bases legales de las que debería partir dicha regulación.

El art. 8 de la Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología, dispone que «Los instrumentos, medios, materiales de referencia, sistemas de medida y programas informáticos que sirvan para medir o contar y que sean utilizados por razones de interés público, salud y seguridad pública, orden público, protección del medio ambiente, protección o información a los consumidores y usuarios, recaudación de tributos, cálculo de aranceles, cánones, sanciones administrativas, realización de peritajes judiciales, establecimiento de las garantías básicas para un comercio leal, y todas aquellas que se determinen con carácter reglamentario, estarán sometidos al control metrológico del Estado en los términos que se establezca en su reglamentación específica». De esta previsión cabe destacar dos aspectos:

a) Que el sometimiento al control metrológico del Estado<sup>27</sup> es un deber para las autoridades competentes -en concreto, el Gobierno de la Nación y el Ministerio con competencias en metrología- siempre que el instrumento/objeto corresponda con el supuesto de hecho recogido en el precepto. Esto es, el Gobierno no puede dejar huér-

---

<sup>27</sup> Un análisis crítico de la definición que ofrece el art. 7 de la Ley de Metrología de este control metrológico del Estado (Izquierdo Carrasco, 2015, p. 76). Igualmente, sobre este concepto, su distinción de otras figuras y sus fases (Izquierdo Carrasco, 2018, pp. 2000-2003).

fano del control metrológico del Estado un instrumento que encaje en esa noción. Cosa distinta es que el legislador no haya previsto ningún mecanismo de reacción ante una hipotética pasividad de tales autoridades y que en la práctica haya supuestos en los que así ocurra, esto es, instrumentos que deberían sometidos a ese control metrológico y que, no obstante, no lo están.

b) Que la tipología y características de ese control metrológico deben regularse en una norma de carácter reglamentario.

A este respecto, no cabe duda de que el alcoholímetro antiarranque encaja perfectamente en los instrumentos o sistemas que sirven para medir (en este caso, la concentración de alcohol etílico -etanol- en el aire espirado) y que son utilizados por una clara razón de interés público, como es la seguridad vial, y que incluso podría conectarse con las concepciones clásicas sobre orden público (entre las exposiciones más recientes, Izquierdo Carrasco, 2022, p. 9; Rebollo Puig, 2019, p. 51).

A partir de esa constatación, las mencionadas autoridades competentes deberían proceder a aprobar una norma de rango reglamentario donde se regulara la tipología y alcance de ese control metrológico, colmando así buena parte de las lagunas que pusimos de manifiesto<sup>28</sup>. En cuanto al objeto de ese control metrológico, se presenta aquí una diferencia relevante con la regulación metrológica sobre taxímetros -instrumento de medida que también requiere su instalación en el vehículo a motor-. La Orden ICT/155/2020, de 7 de febrero, por la que se regula el control metrológico del Estado de determinados instrumentos de medida, al regular los taxímetros, contiene un apéndice específico (apéndice III del Anexo VII) que se titula «requisitos de instalación de taxímetros». En dicho apéndice se establece que «a efectos metrológicos se considerará que forman parte del taxímetro las conexiones asociadas a su funcionamiento». A nuestro juicio, lo relativo a la interfaz para la instalación de alcoholímetros antiarranque queda excluido de la regulación metrológica al estar dentro del ámbito de aplicación de la legislación europea sobre homologación de vehículos.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que este tipo de dispositivos carecen de una legislación armonizada en el ámbito de la Unión Europea -la Directiva 2014/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de comercialización de instrumentos de medida, no los regula ni tampoco los etilómetros a los que se refiere la reglamentación metrológica española de la que nos ocuparemos inmediatamente-. Cosa distinta es que, en nuestra opinión, dado que la legislación europea

---

<sup>28</sup> La regulación de otras cuestiones sería más propia de las autoridades competentes en materia de seguridad vial (piénsese, por ej., en la imposición de que estos dispositivos dispusieran de un sistema de reconocimiento facial automático).

sobre homologación de vehículos ya se refiere a estos dispositivos, sería oportuna su inclusión y la regulación de sus exigencias metroológicas en la mencionada Directiva.

## 2. Alcohólmetros antiarranque versus etilómetros

Llegados a este punto, debemos analizar si estos alcohólmetros encajan en la regulación metroológica existente sobre etilómetros y, por tanto, esa fuera la normativa aplicable sin hacer necesario la aprobación de una nueva reglamentación. Adelantamos que la respuesta es negativa.

En primer lugar, debemos poner de manifiesto un cierto caos terminológico. Las mencionadas normas EN de la serie 50436 llevan por título en inglés «alcohol interlocks», que ha sido traducido al español por la Asociación Española de Normalización como «Alcohólmetros» y en Francia como «Ethylotests antidémarrage». Por su parte, la Orden ICT/155/2020, de 7 de febrero, por la que se regula el control metroológico del Estado de determinados instrumentos de medida, dedica su anexo XIII a lo que denomina «etilómetros». A este respecto, deben realizarse dos comentarios. El primero, es que el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia sólo reconoce la palabra «alcohólmetro», pero no «etilómetro». A este respecto, históricamente, en España existió una reglamentación metroológica relativa expresamente a los alcohólmetros, aunque con una funcionalidad bien distinta<sup>29</sup>. El segundo comentario, es que etimológicamente ambas tienen el mismo origen: por un lado, metro; y por otro, alcohol etílico (una parte de la primera palabra y la otra de la segunda, pues es claro que los etilómetros no miden el etilo en el aire sino el alcohol etílico). El mencionado anexo XIII de la Orden ICT/155/2020, a la hora de establecer los requisitos esenciales específicos para los etilómetros, se remite expresamente a la Recomendación OIML R 126. Pues bien, en inglés, esa Recomendación -que dispone de una edición de 2021- lleva por título «Evidential breath analysers» («Analizadores evidenciales de aliento») y en francés «Ethylomètres» -que es de donde el legislador español parece haber cogido la palabra<sup>30</sup>-. Algunos Estados de habla española han traducido el título de esa Recomendación como «Alcohólmetros probatorios». Además, en el control del tráfico se distingue entre el alcohólmetro (el que el agente de tráfico utiliza en un primer momento, que muestra el resultado en la pantalla durante unos instantes y que no está sometido a reglamentación metroológica) y el etilómetro (el que se utiliza tras haber obtenido un positivo en un alcohólmetro, dispone de la posibilidad de imprimir los resultados con unos determinados datos y tiene una exactitud conocida al estar sometido a reglamentación metroológica). En fin, que se

---

<sup>29</sup> Orden de 28 de diciembre de 1988, del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, por la que se regulan los alcohólmetros, aerómetros para alcohol y tablas alcohólométricas.

<sup>30</sup> En cualquier caso, en el Diccionario de la Academia Francesa tampoco se recoge esa palabra. Consulta on line disponible en <https://www.dictionnaire-academie.fr/>

han utilizado dos palabras etimológicamente sinónimas para referirse a dos instrumentos de medida que miden el mismo analito aunque en contextos distintos, generando un panorama confuso tan criticable en ámbitos sometidos a normalización. Y por si no fuera suficiente, también podemos mencionar la norma UNE-EN 15964 que regula los «etilotest».

Posiblemente, la Orden ICT/155/2020 era consciente de esta situación y quizás por ello inicialmente huye de ambas palabras y da como título al Anexo XIII el de «Instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en el aire espirado» -título que se ajusta perfectamente a la definición de alcoholímetro que ofrece la Real Academia-. A renglón seguido, este anexo se refiere a estos instrumentos como etilómetros y los define como «aquellos instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en el aire espirado ... que se utilicen como medio para la imposición de sanciones, realización de pruebas judiciales o aplicación de normas o reglamentaciones que obliguen a su uso». Los instrumentos que nos ocupan encajan en esa definición pues hay una norma -la Ley de Tráfico y Seguridad Vial- que obliga a su uso. El problema está en que ese anexo establece unos requisitos esenciales específicos para los instrumentos de medida que regula que son incompatibles con estos dispositivos, por ej., que debe estar equipado de un dispositivo de impresión y los datos impresos que debe incluir como mínimo<sup>31</sup>. Se trata de una regulación absolutamente condicionada por el uso del instrumento para la detección y persecución de la infracción administrativa consistente en la conducción con tasas de alcohol superiores a las reglamentariamente fijadas.

Por tanto, la normativa metroológica de los etilómetros no es aplicable a esos instrumentos de medida del alcohol en el aire espirado que deben conectarse a la interfaz normalizada del vehículo y que la normativa denomina alcoholímetros antiarranque, pero no porque no entre en la definición inicial que la reglamentación metroológica ofrece de etilómetro sino porque es absolutamente inviable atendiendo a los requisitos esenciales de carácter metroológico que esa reglamentación exige.

## V. CONCLUSIONES

Con base en lo expuesto, se puede concluir que, una vez que la legislación sobre tráfico ha impuesto, aunque con un ámbito objetivo de aplicación muy reducido, la utilización de alcoholímetros antiarranque en determinados vehículos (autobuses), es necesario regular las características metroológicas y otras cuestiones vinculadas con estos aparatos, pues son instrumentos de medida que persiguen una finalidad de

---

<sup>31</sup> La Recomendación OIML R 126 no impone esa exigencia, aunque prevé que las autoridades nacionales puedan hacerlo. También se incluyen en ese anexo otras prescripciones, por ej., la relativa al ciclo de medida o las exigencias de exactitud, que habría que valorar su adaptación a este uso.

interés público. A este respecto, debe tenerse en cuenta que este tipo de dispositivos carecen de una legislación metrológica armonizada en la Unión Europea, aunque la legislación europea sobre homologación de vehículos obliga a que esa potencial regulación nacional deba tomar necesariamente como referente lo establecido en la norma EN 50436 -en particular, en lo que en la actualidad es su parte 2-.

A partir de ahí, habrá que valorar si lo que procede es la modificación del Anexo XIII de la Orden ICT/155/2020, de 7 de febrero, relativo a «Instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en el aire espirado», adaptando esa regulación a esta nueva funcionalidad; o la aprobación de una reglamentación metrológica específica. En esa decisión, más allá de cuestiones de política o técnica normativa, debe jugar un papel esencial el análisis de la compatibilidad técnica entre lo establecido, por un lado, en la norma UNE-EN 50436 y, por otro, en la Recomendación OIML R 126 («Analizadores evidenciales de aliento»), pero eso es una cuestión que excede del objeto de este trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA:

- Álvarez García, V. (2020). *Las normas técnicas armonizadas. Una peculiar fuente del Derecho europeo*. Iustel. Madrid.
- Bax, C., Kärki, O., Evers, C., Bernhoft, I., Mathijssen, R. (2001). *Alcohol Interlock Implementation in the European Union: Feasibility Study*. SWOV Institute for Road Safety Research.
- Cano Campos, T. (2010). *El régimen jurídico-administrativo del tráfico*. 2ª ed. Aranzadi. Cizur Menor.
- (2011). *Las sanciones de tráfico*. Aranzadi. Cizur Menor.
- Casino Rubio, M. (2009). «La disputada naturaleza jurídica de la declaración de pérdida de vigencia del permiso de conducción por extinción del saldo de puntos». *Documentación Administrativa*, n.º 284-285. <https://doi.org/10.24965/da.v0i284-285.9658>
- Comisión Europea (2016). Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. *Salvar vidas: impulsar la seguridad de los vehículos en la UE. Informe sobre el seguimiento y la evaluación de las funciones de seguridad avanzadas para vehículos, su rentabilidad y viabilidad con vistas a la revisión de los reglamentos sobre seguridad general de los vehículos y sobre la protección de los peatones y otros usuarios vulnerables de la vía pública [COM (2016) 787 final]* Bruselas.
- De Palma del Teso, A. (2001). «Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción». *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 112.
- Ecorys (2014). *Study on the prevention of drink-driving by the use of alcohol interlock devices, Final Report*, Rotterdam.
- Fundación Instituto Tecnológico para la Seguridad del Automóvil (2007). *Etiólogos de interrupción de encendido para vehículos automóviles y las evidencias científicas de su eficacia. Colección Evidencias científicas de la eficacia de las tecnologías, nº 14*.
- Hynd, D., M. McCarthy, J. Carroll, M. Seidl, M. Edwards, C. Visvikis, M. Tress, N. Reed and A. Stevens (TRL) (2015). *Benefit and Feasibility of a Range of New Technologies and Unregulated Measures in the fields of Vehicle Occupant Safety and Protection of Vulnerable Road Users. Final Report*. Comisión Europea. Bruselas.
- Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Ministerio de Justicia (2021). *Hallazgos Toxicológicos en Víctimas Mortales de Accidente de Tráfico*. Disponible

aquí: <https://cpage.mpr.gob.es/producto/hallazgos-toxicologicos-en-victimas-mortales-de-accidentes-de-trafico-memoria-2/>

- Izquierdo Carrasco, M. (2000). *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*. Marcial Pons. Madrid.
- (2001). «La determinación de la sanción». *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, núm. Extraordinario sobre «Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador».
- (2015). «La nueva Ley de Metrología: una norma de madurez». E-medida: *Revista Española de Metrología*, Vol. 4, n.º 8. Disponible aquí: <https://www.e-medida.es/numero-8/la-nueva-ley-de-metrologia-una-norma-de-madurez/>
- (2018). «La nueva normativa metrológica en España». En *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Tomo II, Vaquer Caballería, Moreno Molina y Descalzo González (coord.). Tirant lo Blanch. Valencia.
- (2022). «COVID-19, policía administrativa y la modulación del principio de legalidad». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 17. Disponible aquí: <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11069>
- Rebollo Puig, M. (2019). «La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana». En M. Izquierdo Carrasco y L. Alarcón Sotomayor (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*. Aranzadi. Cizur Menor.
- Roxin, C. (2008). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal (trad.). 1ª ed., reimpr. Civitas. Madrid.

# **Formas de intervención administrativa en el urbanismo andaluz. Licencias, declaraciones responsables y comunicaciones previas\*.**

*Salvador María Martín Valdivia*

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Jaén

SUMARIO: A.- LA DIRECTIVA DE SERVICIOS DE 2006: UN CAMBIO DE PARADIGMA PARA EL URBANISMO. B.- LAS ADAPTACIONES NORMATIVAS EN ESPAÑA. a.- En el ámbito del derecho administrativo general. b.- En el ámbito de la legislación local. c.- En el ámbito urbanístico C.- EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA REGULACIÓN ANDALUZA Y ALGUNO DE SUS DESAJUSTES. a.- LICENCIAS. 1.- Naturaleza jurídica y caracteres de las licencias. 2.- Ámbito objetivo. 3.-Aspectos procedimentales: tramitación y concesión. El silencio administrativo. b.- DECLARACIONES RESPONSABLES. 1.- Alcance objetivo. 2. Procedimiento. Exigencias técnicas. 3. Autorizaciones e informes sectoriales. 4.- Obras o instalaciones sin declaración responsable o sin cumplir con sus determinaciones. Restitución de la legalidad. 5.- La constancia registral de las declaraciones responsables. c.- ACTOS SUJETOS A COMUNICACIÓN PREVIA. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: con la publicación de la Directiva de Servicios de 2006, la tarea administrativa de control de actividades y servicios se ha alterado drásticamente. Lo que hasta ese entonces se entendía como el más eficaz y casi unitario método de control (las licencias previas) han dejado de ser, desde luego, el modo único, para pasar a ser, incluso, el subsidiario. Las declaraciones responsables y, en menor medida, las comunicaciones previas son el medio más común de “control”, y su operatividad comporta que, en esa tarea de intervención del cumplimiento de la norma, se distribuya la responsabilidad entre Administración y ciudadano, tal y como nos proponía aquella Directiva de Servicios. Ello ha permitido un vuelco conceptual importante en el panorama administrativo español. Sus efectos tienen, desde luego, presencia indudable en la vida local, pero también se extienden a aspectos ambientales, registrales, incluso de responsabilidad civil entre promotores y técnicos, lo que terminará

\* Este trabajo se desarrolla en el ámbito del proyecto de investigación: B4-2023-06: “Desafíos para las agendas urbanas locales en materia de transparencia, participación Pública e IA(AUL-i)”. Universidad de Málaga.

por ser definitivamente aquilatado en la jurisprudencia que está por venir y que terminará por definir los precisos contornos de esta nueva propuesta normativa.

**ABSTRACT:** With the publication of the Services Directive of 2006, the administrative task of controlling activities and services has been drastically altered. What until then was understood as the most efficient and almost unitary method of control (licences) has ceased to be, of course, the only way, to become, even, the subsidiary. Responsible declarations and, to a lesser extent, prior communications are the normal means of "control", and their operation implies that, in this task of controlling compliance with the norm, the responsibility is distributed between the administration and the citizen, as and in accordance with He proposed that services directive to us. This has allowed an important conceptual shift in the Spanish administrative panorama. Its effects have, of course, an undoubted presence in local life, but they also extend to environmental and registry aspects, including civil liability between promoters and technicians, which will end up being definitively assessed in the jurisprudence that is to come and that will end for defining the precise contours of this new regulatory proposal.

**PALABRAS CLAVE:** directiva de servicios. Leyes paraguas y ómnibus. Normativa andaluza en LISTA y reglamento. Licencias. Declaraciones responsables. Comunicaciones previas. Calificación ambiental. Silencio administrativo. Derivaciones registrales.

**KEYWORDS:** Services Directive. "Paraguas" and "Omnibus" Spanish laws. Andalusian regulations in LISTA and development regulation. Licenses. Responsible declarations. Previous communications. Environmental rating. Administrative silence. Registry derivations.

### A.- LA DIRECTIVA DE SERVICIOS DE 2006: EL CAMBIO DE PARADIGMA PARA EL URBANISMO

Tradicionalmente ha resultado cómoda la situación de los municipalistas en España en materia de intervención administrativa. Y es que estábamos plácidamente amoldados al sistema dibujado por las normas urbanísticas y por el Reglamento de servicios de las corporaciones locales (RSCL) desde 1955. Para autorizar y legalizar la actividad del particular en obra o servicios, debían superarse previamente los controles administrativos precisos (licencias, autorizaciones, informes sectoriales...), sin los cuales la actuación pretendida no se podía emprender y, de hacerse, se reputaba ilegal. Tal vez legalizable, sí, pero por lo pronto era ilegal; podría ser eventualmente legalizable, pero, antes, era precisa la autorización. Esa prevalencia del sistema de

autorización previa se encontraba profundamente enraizada en nuestra cultura administrativa, en general, y en la urbanística, en particular.

Tan es así que lo que aconteció a partir del año 2006 supuso en este escenario una auténtica revolución<sup>1</sup>. Hasta entonces, la licencia era la forma de intervención normalizada y previa como presupuesto para el inicio de las actividades o de la obra. La responsabilidad en el control ex ante (también en el ex post facto) recaía de manera íntegra en las administraciones. Y la carga burocrática también<sup>2</sup>. Y aunque es cierto que ya desde el RSCL se abogaba por la aplicación de principio de menor onerosidad (artículo 6.1) -también de los principios de proporcionalidad y favor liberatis-, no fue hasta este año 2006 en el que se produjo el decidido vuelco conceptual en la política de intervención administrativa, aunque más en lo ideológico que en lo sustancialmente práctico, como vamos a ver.

Y es que en ese año apareció en escena la Directiva de Servicios (2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior), conocida como directiva Bolkestein, por el nombre de este comisario holandés, Frederik (Frits) Bolkestein, que tomando como referencias los principios de confianza, proporcionalidad e intervención mínima, entendió que en la Europa de la Unión las responsabilidades en el establecimiento de servicios y en el inicio de las actividades de negocio debían ser compartidas entre el individuo y el Estado. Si se quería aligerar la tarea burocrática en los trámites precisos para la puesta en marcha de servicios y actividades, el individuo habría de arrogarse parte

---

<sup>1</sup> Tempranamente FUERTES LÓPEZ, Mercedes, en su trabajo “*Luces y sombras en la incorporación de la Directiva de Servicios*”; Revista Catalana de Dret Public n°42, 2011 ya advertía de las dificultades iniciales en adaptar sus directrices al derecho estatal (pág. 74). Creo que hoy aún no se ha superado este estado de confusión.

<sup>2</sup> El Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, en su Sentencia 293/2023 de 8 Mar. 2023, Rec. 8658/2021, reconocía en su FJº Segundo que: “En efecto, era tradicional en nuestro ordenamiento jurídico que el ejercicio de derechos o actividades que afectaran, en mayor o menor medida, a los intereses generales, debían someterse a un previo acto de control de la Administración competente, que debía, con carácter previo, autorizar su ejercicio efectivo, garantizando que es acorde a dicho ordenamiento y, en definitiva, garantizar que no se vean afectados esos intereses generales. Ese control ha venido tradicionalmente reservado a los actos autorizatorios, en nuestro Derecho tradicional a las licencias, mediante las cuales el particular que pretenda dicho ejercicio solicita de la Administración competente una expresa autorización de que, en la forma que pretende ejercer el derecho o actividad, se cumplen las exigencias legales, por lo que solo puede iniciarse la actividad o el ejercicio del derecho una vez que la Administración ha constatado, con la aportación por el interesado de la documentación necesaria y las inspecciones oportunas, que el ejercicio que se pretende llevar a cabo está ajustado a las prescripciones legales. En ese sistema, hasta que no se dicte la correspondiente resolución por la Administración, el particular no puede ejercer el derecho o iniciar la actividad. Esa técnica, si bien garantizaban que el ejercicio de las actividades por los ciudadanos estaba garantizado en cuanto se examinaba, con carácter previo a su desarrollo, las exigencias normativas que se establecían, es lo cierto que esa previa actuación administrativa comportaba una importante rémora para el ejercicio de tales actividades”.

de la responsabilidad que imponían las normas, manifestando formalmente ante la Administración el cumplimiento de los requisitos normativamente marcados (asumiendo así su cuota de “responsabilidad”), y aquella Administración actuante, en virtud de los principios de confianza legítima y de intervención mínima, lo sería sólo de ejercer sus competencias de comprobación, control y sanción por el eventual incumplimiento por el administrado de las condiciones impuestas por la norma y que previamente había manifestado cumplidas.

Ese es el espíritu de la Directiva de Servicios, ese es el anhelo y esa la forma de pensar de un holandés que, probablemente tocado del espíritu calvinista propio de los países nórdicos y centroeuropeos, concebía que sólo a través del trabajo individual, y el esfuerzo del individuo por generar riqueza, se alcanzaría el bienestar de la comunidad en la que convive, lo que debe constituir su última motivación. Tal vez, intuyo, no reparase en que en los países mediterráneos todavía se está pensando de otra guisa. Como diría hace algo más de un siglo un granadino ilustre, Ángel Ganivet, el anhelo de todo español es llevar cada uno en su bolsillo el libro de sus fueros, y que esos fueros sólo contuvieran un artículo: “este español está autorizado para hacer lo que le dé la gana”.

Al margen de esas disquisiciones más o menos jocosas -por las que pido disculpas anticipadas al lector-, hay que reconocer que la implantación efectiva de las normas de la Directiva se ha venido produciendo muy poco a poco, al ritmo (lento) en que han ido calando los principios y el espíritu de aquella norma comunitaria en las conciencias política, técnica y ciudadana. No se ha estado muy seguro de cuál era el camino, dónde estaban los límites y cuáles iban a ser las consecuencias. Tomemos razón de una realidad insobornable: estamos en un país en el que es arraigado el hábito de incumplir (o directamente obviar) las condiciones que nos impongan las licencias de obra -que deben ser controladas antes y después de la actividad-. Esa costumbre está más naturalizada de lo que debiera. En el urbanismo español (el andaluz no es excepción) gusta especialmente de construir en contra de las determinaciones de las licencias o en su completa ausencia. La indisciplina urbanística es una constante en la acción del particular y la ausencia de controles es un “debe” injustificable en la acción pública. No en vano, se han cuantificado en 3.000.000 las edificaciones ilegales en suelo rústico en el territorio nacional (300.000 sólo en Andalucía, según la Exposición de Motivos del Decreto-ley 3/2019, de 24 de septiembre<sup>3</sup>). Si damos

---

<sup>3</sup> Como se explica desde el Decreto-ley 3/2019, de 24 de septiembre, de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la Comunidad Autónoma de Andalucía, consta que a fecha de 2019 de un total de unas 500.000 edificaciones existentes en suelo no urbanizable en Andalucía, alrededor de 300.000 edificaciones son irregulares, de las cuales tan sólo han sido declaradas en asimilado a fuera de ordenación y por consiguiente han podido acceder a los suministros básicos en condiciones mínimas de seguridad y salubridad, un 26% de dichas viviendas.

por buenos esos datos, cabría preguntarse cuál sería la magnitud del descalabro si al administrado se le permitiera, con una mera declaración responsable, acometer actividades y servicios que hasta ahora se habían visto sometidos al control previo de la Administración. Si la indisciplina ha sido patente con un sistema “fuerte” de intervención, de qué calibre no iba a terminar siendo el desvarío con este otro sistema más relajado y “confiado”. El panorama de los sistemas de intervención administrativa en el desarrollo de actividades y servicios comporta, como poco, un enigma. Y una tribulación para los agentes públicos responsables de su control.

Tal vez ese haya sido el obstáculo para el efectivo encaje del espíritu y de los principios de aquella Directiva en las normativas estatales mediterráneas y, más en concreto, en la española. En los primeros momentos, las incertidumbres se habían trasladado a la misma aplicación de las normas de transposición, como también se hacían notar en el sentir de nuestra jurisprudencia<sup>4</sup>. Se conocerá por el lector con toda seguridad la aparición de las dos Leyes que traspusieron aquella directiva al ordenamiento jurídico español. Me refiero a las Leyes 17 y 25 de 2009, conocidas como Leyes paraguas y ómnibus<sup>5</sup>. Se trataba de incorporar al ordenamiento jurídico interno los principios de aquella Directiva. Y así lo hicieron. La Ley 17 vino a confirmar (Artículo 4. Libertad de establecimiento) que no todo inicio de actividad o de puesta en marcha de un servicio por el particular debía verse sometido al régimen de autorización y fiscalización previa, sino que a través de la figura de la declaración responsable, puede iniciarse desde el mismo momento en que se manifestara frente a la Administración competente que se habían cumplido por el prestador del servicio o actividad todas las exigencias normativas, y siempre y cuando se tratara de alguno de esos servicios o actividades “inocuos” que pudieran entenderse amparados por la Directiva.

Para ayudar a la comprensión de esas ideas, la Ley 17/2009 (Paraguas), en su art. 3. 9, definía la «Declaración responsable» como “el documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente,

---

Nótese que el problema no es de ahora; digamos que se muestra como parte del ADN del “promotor” andaluz. Según un primer Informe Especial del Defensor del Pueblo Andaluz (ya en Julio del año 2000) existían en Andalucía más de 1.000 urbanizaciones ilegales, en las que residían aproximadamente 400.000 personas. La progresión desde entonces ha sido constante.

<sup>4</sup> Resulta muy interesante al respecto el estudio jurisprudencial que realiza RODRÍGUEZ FONT, Mariola, en “La contribución inicial de la jurisdicción contencioso-administrativa a la construcción del régimen de control a posteriori (comunicación previa y declaración responsable)”, publicada en Revista Andaluza de Administración Pública número 90, septiembre-diciembre 2014, páginas 187 y siguientes.

<sup>5</sup> Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Publicada en «BOE» núm. 283, de 24/11/2009, y 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. Publicada en «BOE» núm. 308, de 23/12/2009.

que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad”.

Tanto es así que el artículo 5 (Regímenes de autorización) prohíbe imponer a los prestadores de estos servicios y actividades un régimen de autorización previa, salvo excepcionalmente y siempre que en una norma de rango legal se acredite que concurren los principios de:

a) No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social;

b) Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado. Las denominadas en la Directiva como “razones imperiosas de interés general”.

c) Proporcionalidad: que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad.

El ánimo de aquella norma iba a más. No sólo se decantaba claramente por el régimen de declaraciones responsables y comunicaciones previas cuando las normas no aconsejaban lo contrario, en virtud de aquel principio de necesidad al que nos hemos referido, sino que, cuando fuera precisa la autorización previa, imponía a las administraciones actuantes proceder en los expedientes de una forma muy concreta. En su artículo 6. "Procedimientos de autorización", decía:

*“Los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones a que se refiere esta Ley deberán tener carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación. En todo caso, deberán respetar las disposiciones recogidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, así como garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuestos de silencio administrativo*

*negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general”.*

Después ha terminado siendo de otra manera, sobre todo en el ámbito urbanístico, como sabemos y después analizaremos pero, sobre el papel y dicho de otra manera, los trámites burocráticos deben ser los mínimos. Estaba claro que en el ánimo del legislador español el medio de intervención elegido debería resultar proporcionado y no discriminatorio. Y si finalmente ese medio debiera ser el de la autorización previa, tendrá que respetar esos principios, perfectamente enumerados en el artículo 9, como "Principios aplicables a los requisitos exigidos":

*“2. Todos los requisitos que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deberán ajustarse a los siguientes criterios:*

- a) No ser discriminatorios.*
- b) Estar justificados por una razón imperiosa de interés general.*
- c) Ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general.*
- d) Ser claros e inequívocos.*
- e) Ser objetivos.*
- f) Ser hechos públicos con antelación.*
- g) Ser transparentes y accesibles”.*

Como acertadamente diría FERNÁNDEZ TORRES<sup>6</sup>, “se impone un cambio en la cultura administrativa”, y a ello se dispuso el legislador nacional.

## B.- LAS ADAPTACIONES NORMATIVAS EN ESPAÑA

Y con esas mimbres europeístas analizaremos la normativa nacional que -debe advertirse como realidad incuestionable- ha resultado un tanto perezosa en su adaptación a las directrices europeas. Y es que aquello que el legislador nacional (estatal y autonómico) debió asumir de manera más o menos inmediata no tuvo reflejo en nuestro derecho positivo con la presteza deseable. Tres años para las normas de transposición, algunos más para la asunción por las normas de régimen general y local y ¡14 años para las urbanísticas!, dan noticia de la pereza normativa en la adaptación de la Directiva de Servicios. Como consecuencia lógica, se ha propiciado un escenario final: todavía ni la sociedad ni las administraciones españolas han natu-

---

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, “Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable”, En Revista Catalana de Dret Public, nº 42, 2011, pág. 110.

realizado aquellas propuestas. De hecho, se muestran renuentes a la aceptación de la declaración responsable como modo habitual y efectivo de promover las actuaciones que precisan de intervención administrativa en actividades y servicios. Sobre ese contexto y su reflejo en la jurisprudencia existente volveré más adelante.

La relajada cadencia con la que el legislador español se ha ido adaptando a las líneas programáticas de la Directiva, esto es, la forma en la que, con carácter general o especial, se va implantando la cultura de la declaración responsable como modo de intervención administrativa, se advierte en un triple ámbito normativo: el régimen administrativo general, el local y el urbanístico.

### **a.- En el ámbito del derecho administrativo general:**

La Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC'15) aprovechó la tesitura de la adaptación de los procedimientos administrativos a las nuevas tecnologías para incluir en su articulado las exigencias derivadas de la Ley Paraguas. Propone esto en su art. 69 (Declaración responsable y comunicación):

*“1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que éste manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.*

*Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable. Las Administraciones podrán requerir en cualquier momento que se aporte la documentación que acredite el cumplimiento de los mencionados requisitos y el interesado deberá aportarla.*

*2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos o cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho.*

*3. Las declaraciones responsables y las comunicaciones permitirán, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas.*

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente.*

*4. La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable, la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado, o la comunicación, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.*

*Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado por la ley, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.*

*5. Las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación, fácilmente accesibles a los interesados.*

*6. Únicamente será exigible, bien una declaración responsable, bien una comunicación para iniciar una misma actividad u obtener el reconocimiento de un mismo derecho o facultad para su ejercicio, sin que sea posible la exigencia de ambas acumulativamente.*

Y para cerrar el círculo de la eficacia posterior de la declaración responsable -por lo que luego diremos- acierta al apuntar la verdadera naturaleza de las declaraciones responsables: ni son actos administrativos ni tan siquiera son manifestaciones que obliguen a un pronunciamiento expreso de la Administración actuante. Reza así el art. 21 LPAC'15

“Obligación de resolver:

*1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación.*

*En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como de desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.*

*Se exceptúan de la obligación a que se refiere el párrafo primero, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio*

*de derechos sometidos únicamente al deber de declaración responsable o comunicación a la Administración”.*

Esa redacción en la que se excluye de la obligación de resolver a las actuaciones iniciadas por declaración responsable es novedosa respecto de la anterior propuesta de la LPAC, en la expresión dada por la Ley 4/1999<sup>7</sup> (en adelante LPAC'99), que solo refería la exclusión a las comunicaciones previas. Esa precisión tiene especial repercusión en las obligaciones derivadas de la virtualidad de la declaración y de las eventuales actuaciones posteriores de control, inspección y sanción administrativa, como veremos más adelante.

### **b.- En el ámbito de la legislación local:**

Es esencial la adaptación que ofreció el Texto Refundido de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985 (en adelante, TRLBRL), que adecuó por completo la normativa local a la Ley Ómnibus. En efecto, el art. 84 dispuso:

*1. Las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios:*

*a) Ordenanzas y bandos.*

*b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma.*

*c) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

*d) Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma.*

---

<sup>7</sup> Artículo 42 LPAC'99. Obligación de resolver.

1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Se exceptúan de la obligación, a que se refiere el párrafo primero, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración.

e) Órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo.

2. La actividad de intervención de las Entidades locales se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue.

3. Las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones Públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las Entidades locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales

Y, además, el artículo 84 bis, modificado por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, distinguía entre actividades y obras que transformaran el suelo. Así,

1.- En lo referente a actividades:

*“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo.*

*No obstante, podrá exigirse una licencia u otro medio de control preventivo respecto a aquellas actividades económicas:*

*a) Cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.*

*b) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado”.*

2.- En lo referente a autorizaciones para transformaciones de suelo, es decir, obras:

*“Las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas solo se someterán a un régimen de autorización cuando lo establezca una Ley que defina sus requisitos esenciales y las mismas sean susceptibles de generar daños sobre el medioambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico y resulte proporcionado. La evaluación de este riesgo se determinará en función de las características de las instalaciones, entre las que estarán las siguientes:*

*a) La potencia eléctrica o energética de la instalación.*

*b) La capacidad o aforo de la instalación.*

c) *La contaminación acústica.*

d) *La composición de las aguas residuales que emita la instalación y su capacidad de depuración.*

e) *La existencia de materiales inflamables o contaminantes.*

f) *Las instalaciones que afecten a bienes declarados integrantes del patrimonio histórico.*

3. *En caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una Entidad Local y otra Administración, la Entidad Local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia el interés general concreto que se pretende proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente”.*

Este es, como se intuye, el embrión de las normativas andaluzas posteriores. Veamos.

### **c.- En el ámbito urbanístico:**

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, publicado en BOE núm. 261, de 31/10/2015 (en adelante, TRLS'15) incluyó por vez primera en una norma urbanística las referencias a las declaraciones responsables y comunicaciones previas como modo de incidir en la actividad administrativa de intervención. En su art. 11.5, como veremos, refería el régimen de responsabilidades administrativas por el retraso injustificado en la adopción de medidas de control y restitución de la legalidad conculcada por actividades sometidas a ellas. Aunque en el 28.1.b) ya advertía de la posibilidad de que la normativa urbanística aplicable sometiera ciertas actividades a este modo de intervención cuando refería qué documentos y requisitos debían revestir las escrituras públicas de obra nueva en determinadas circunstancias<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Esto decía el referido precepto: “Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, los documentos que acrediten los siguientes extremos:

a) el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y

b) el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente, salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellas autorizaciones se sustituirán por los documentos que acrediten que la comunicación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que del Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna”.

En la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante, LOUA), y desde 2020, se regulaba de manera muy exhaustiva la declaración responsable en el artículo 169 bis (“Actos sujetos a declaración responsable o comunicación previa<sup>9</sup>”), que se añadió por el art. 6.4 del Decreto-ley 2/2020, de 9 de marzo). Cier-

<sup>9</sup> Este era su contenido:

1 Están sujetas a declaración responsable ante el Ayuntamiento las siguientes actuaciones urbanísticas:  
a) Las obras de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no requieran proyecto de acuerdo con la legislación vigente en materia de edificación.

b) Las obras en edificaciones e instalaciones existentes, en suelo urbano consolidado y conformes con la ordenación urbanística, que no alteren los parámetros de ocupación y altura, ni conlleven incrementos en la edificabilidad o el número de viviendas.

c) La ocupación o utilización de las obras del apartado anterior, siempre que las edificaciones e instalaciones se encuentren terminadas y su destino sea conforme a la normativa de aplicación.

d) La primera ocupación y utilización de nuevas edificaciones, siempre que se encuentren terminadas y su destino sea conforme a la normativa de aplicación y con la licencia de obras concedida.

e) Los cambios de uso en las edificaciones señaladas en el apartado b), o en parte de las mismas, dentro de los permitidos por la ordenación urbanística vigente.

2. Cuando las actuaciones del apartado anterior requieran de alguna autorización o informe administrativo previo para el ejercicio del derecho conforme a la normativa sectorial de aplicación no podrá presentarse la declaración responsable sin que la misma se acompañe de los mismos o, en su caso, del certificado administrativo del silencio producido.

3. La declaración responsable faculta para realizar la actuación urbanística pretendida en la solicitud desde el día de su presentación, siempre que vaya acompañada de la documentación requerida en cada caso, y sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección posterior que correspondan.

4. De conformidad con lo previsto en la legislación básica de Procedimiento Administrativo Común, por resolución de la Administración Pública competente se declarará la imposibilidad de continuar la actuación solicitada, o el cese de la ocupación o utilización en su caso, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiere lugar, desde el momento en que se tenga constancia de alguna de las siguientes circunstancias:

a) La inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a la declaración responsable.

b) La no presentación, ante la Administración competente, de la declaración responsable de la documentación requerida, en su caso, para acreditar el cumplimiento de lo declarado.

c) La inobservancia de los requisitos impuestos por la normativa aplicable.

d) El incumplimiento de los requisitos necesarios para el uso previsto. En este caso, si la Administración no adopta las medidas necesarias para el cese del acto o uso en el plazo de seis meses, será responsable de los perjuicios que puedan ocasionarse a terceros de buena fe por la omisión de tales medidas, de conformidad con la legislación básica en materia de suelo.

5. Serán objeto de comunicación previa a la Administración cualquier dato identificativo que deba ponerse en su conocimiento para el ejercicio de un derecho, y en particular los siguientes:

a) Los cambios de titularidad de las licencias y declaraciones responsables. La falta de presentación de dicha comunicación implicará que los titulares quedarán sujetos con carácter solidario a las responsabilidades que pudieran derivarse de la actuación que se realice al amparo de dicha licencia.

b) El inicio de las obras. c) Las prórrogas del plazo para el inicio y terminación de las obras con licencia o declaración responsable en vigor.

6. Conforme a la legislación básica en materia de suelo, en ningún caso se entenderán adquiridas por declaración responsable o actuación comunicada facultades en contra de la legislación o el planeamiento urbanístico de aplicación. Las actuaciones sujetas a declaración responsable que se realicen sin haberse presentado la misma, cuando sea preceptiva, o que excedan de las declaradas, se considerarán como actuaciones sin licencia a todos los efectos, aplicándoseles el mismo régimen de protección de la legalidad y sancionador que a las obras y usos sin licencia.

tamente, el planteamiento era similar al actual contenido de la LISTA que, naturalmente, lo actualizó. Así, su artículo 138 (“Actos sujetos a declaración responsable o comunicación previa”), dispone someter a tal modo de “control”, en el marco de lo establecido en la legislación estatal, las siguientes actuaciones:

*“a) La realización de obras de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no requieran proyecto de acuerdo con la legislación vigente. Las Ordenanzas Municipales podrán eximir de declaración responsable aquellos supuestos en que las actuaciones carezcan de afectación a la ordenación urbanística o a la normativa de la edificación, sin perjuicio de aquellos supuestos, en los que, de acuerdo con la legislación sectorial aplicable, tales obras deban quedar sujetas a algún régimen de intervención administrativa”.*

Ese concepto jurídico indeterminado (“escasa entidad constructiva y sencillez técnica”) podrá aquilatarse por remisión a normativa sectorial más precisa. En concreto a las normas que definen las características de las obras, que en este caso pasan por ser las de la Ley de Ordenación de la Edificación, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en adelante LOE, que en su artículo 2 explica:

*“Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes obras:*

*a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta”.*

El resto requieren proyecto y, por tanto, podría entenderse que, sin excepción, habrán de concederse las licencias oportunas (también, art 23 de la LOE<sup>10</sup>), pero no es el caso, como pasamos a ver. Sigue incluyendo esto la LISTA con relación al sometimiento a declaración responsable:

*“b) Las obras en edificaciones o instalaciones existentes que sean conformes con la ordenación territorial y urbanística o se encuentren en situación legal de fuera de ordenación, situadas en suelo urbano no sometido a actuaciones de transformación urbanística, siempre que no alteren los parámetros de ocupación y altura, ni conlleven incrementos en la edificabilidad o en el número de viviendas”.*

---

<sup>10</sup> a) Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio”.

b) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

Las obras de reforma en viviendas y naves o locales, incluyendo por tanto las adaptaciones de locales de negocio, ya no requieren licencia de obra. Para ello la declaración responsable del promotor de cumplir con las exigencias normativas es suficiente, con independencia de que se hayan de solicitar otras licencias que se entiendan pertinentes o presentar las declaraciones responsables que sean precisas para la instalación de la actividad como, por ejemplo, la ocupación de vía pública mediante grúas, contenedores, vallados, etc. Ello no obsta tampoco a que, en caso de que sea precisa la calificación ambiental, el procedimiento para el inicio de actividad se deba someter al procedimiento establecido en la LGICA (Ley 7/2007, de 9 de julio de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental).

En estos casos, el procedimiento para la autorización de la obra o actividad habrá de compatibilizarse con el procedimiento ambiental. Puede surgir la duda de cómo actuar frente a proyectos en los que sea precisa la modificación del inmueble y, a la vez, la actividad estuviera sometida a calificación ambiental. Vaya por delante que en el Anexo I de la LGICA hay una relación detallada de actividades que están sometidas a declaración responsable tanto en lo que refiere a las obras como en lo que concierne a la actividad, por cuanto bajo la nomenclatura CA-DR se incluyen en el sistema de declaración responsable ambos aspectos del proceso de transformación. La duda puede surgir acerca de qué procedimiento seguir cuando las obras tendentes a la adaptación del inmueble se sigan por declaración responsable y, por el contrario, la actividad haya de someterse al procedimiento de calificación ambiental, sin que le esté permitida también la declaración responsable a efectos ambientales. A mi juicio, la interpretación que procede después de la entrada en vigor de la LISTA es que ambos procedimientos serán coetáneos y paralelos. La obra se puede realizar presentada la declaración responsable, acompañada de cuantos documentos técnicos sean exigibles (memoria, proyecto técnico, ...), en tanto que la actividad habrá de seguir el procedimiento de calificación ambiental correspondiente. Conviene recordar que la LISTA, en su Disposición derogatoria única, declara que quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en esa Ley. Cuando el artículo 41 de la LGICA define el ámbito de aplicación de las calificaciones ambientales, dispone cuáles están sometidas a calificación ambiental y cuáles otras a declaración responsable (las así señaladas en el Anexo I y también sus modificaciones sustanciales). De ahí se sigue que la modificación de un inmueble donde se vaya a desarrollar una actividad que requiera de calificación ambiental, precisará de declaración responsable, en cuanto a las obras, y procedimiento de calificación ambiental o declaración responsable, en lo que afecta a la actividad, según lo que se refiera en el Anexo I de la LGICA. Tanto es así que el artículo 44 de ese texto legal sólo impone “integrar en el procedimiento de la licencia municipal aquellas calificaciones ambientales que sean referidas a actividades que exijan

licencia municipal”, y por tanto debe entenderse que no lo son las que estén sujetas a declaración responsable, como parece confirmar el apartado 4 de ese mismo precepto (“Cuando el inicio de la actividad esté sujeto a presentación de declaración responsable, reglamentariamente se determinará en qué supuestos la evaluación de los efectos ambientales de la actividad podrá efectuarse también mediante declaración responsable”)<sup>11</sup>

Otra cuestión relevante desde la perspectiva procedimental es que, en esos casos donde es suficiente la declaración responsable para la realización de las obras de adaptación del inmueble pero se precise de calificación ambiental para la actividad, para su puesta en marcha (art 45 LGICA) se impone con carácter necesario la obligación de trasladar al Ayuntamiento la certificación acreditativa del técnico director de la actuación de que la obra se ha llevado a cabo conforme al proyecto presentado y al condicionado de la calificación ambiental. Pero todo ello con la particularidad de que los aspectos procedimentales de esa autorización ambiental aún se rigen por lo dispuesto en el Decreto 297/1995, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Calificación Ambiental. Hay que precisar que este decreto desarrollaba una ley ya derogada. Pero, si bien la Ley 7/1994 ya no está en vigor, aquel Decreto de 1995 sigue vigente en todos aquellos aspectos que no se opongan a lo establecido en la Ley 7/2007, de 9 de julio, y permanecerá vigente hasta el desarrollo reglamentario de la misma, lo que hoy aún no se ha producido, a pesar de que se han ido verificando algunos cambios y adaptaciones reglamentarias del contenido del mencionado Anexo I. Pero, por lo que ahora respecta e importa, cuando la obra se rige por declaración responsable, basta con presentar la documentación precisa para comenzar con su ejecución, en tanto que para la calificación ambiental, será preciso presentar la documentación a que se refiere el artículo 9 del Reglamento citado<sup>12</sup> y someterse a los procedimientos de aprobación de la calificación ambiental por parte del Ayunta-

---

<sup>11</sup> En este extremo no hay que olvidar la advertencia que este mismo art. 138 LISTA nos opone en el apartado 4: “Cuando las actuaciones sometidas a declaración responsable requieran de alguna autorización o informe administrativo previo para el ejercicio del derecho, conforme a la normativa sectorial de aplicación, la presentación de la declaración responsable requiere la previa obtención y disposición de dichos informes o autorizaciones o, en su caso, del certificado administrativo del silencio producido. La jurisprudencia es muy exigente al respecto, como demuestra la STSJA (Sevilla) 1631/2021, de 10 de febrero (rec. 139/2018), que no admite haber obtenido los beneficios y permisos que en teoría confiere la declaración responsable la reforma de una actividad que previamente haya de someterse a informe ambiental, si este no se hubiera obtenido favorablemente con carácter previo.

<sup>12</sup> Artículo 9. Documentación.

Los titulares de actividades sujetas al trámite de calificación ambiental dirigirán al Ayuntamiento o ente local competente, junto con los documentos necesarios para la solicitud de la licencia de actividad, como mínimo la siguiente documentación:

1. Proyecto Técnico suscrito, cuando así lo exija la legislación, por técnico competente, el cual deberá incluir los efectos ambientales:

a) Objeto de la actividad.

miento que, en lo que aquí atañe, tienen de sustancial dos precisiones de alcance: que habrán de resolverse en el plazo de tres meses desde que se haya entregado toda la documentación precisa para la tramitación del procedimiento y que, en caso de ausencia de resolución, el silencio es positivo, siendo este en materia ambiental el único caso en el que la normativa reguladora establece el efecto estimatorio del silencio en actuaciones ambientales<sup>13</sup>.

Por lo demás, sigue exponiendo el art. 138 LISTA qué otros actos están sujetos a declaración responsable:

“c) Las obras en edificaciones e instalaciones existentes que sean conformes con la ordenación territorial y urbanística o se encuentren en situación legal de fuera de ordenación, situadas en suelo rústico y que tengan por objeto la mejora de las condiciones de eficiencia energética, la integración de instalaciones de energía renovable o la reducción de su impacto ambiental, siempre que no supongan obras de nueva planta o aumento de la superficie construida”.

---

b) Emplazamiento, adjuntando planos escala 1:500 y descripción del edificio en que se ha de instalar. En la descripción del emplazamiento se señalarán las distancias a las viviendas más próximas, pozos y tomas de agua, centros públicos, industrias calificadas, etc., aportando planos que evidencien estas relaciones.

c) Maquinaria, equipos y proceso productivo a utilizar.

d) Materiales empleados, almacenados y producidos, señalando las características de los mismos que los hagan potencialmente perjudiciales para el medio ambiente.

e) Riesgos ambientales previsibles y medidas correctoras propuestas, indicando el resultado final previsto en situaciones de funcionamiento normal y en caso de producirse anomalías o accidentes. Como mínimo en relación con:

i) Ruidos y vibraciones.

ii) Emisiones a la atmósfera.

iii) Utilización del agua y vertidos líquidos.

iv) Generación, almacenamiento y eliminación de residuos.

v) Almacenamiento de productos.

f) Medidas de seguimiento y control que permitan garantizar el mantenimiento de la actividad dentro de los límites permisibles.

2. Síntesis de las características de la actividad o actuación para la que se solicita la licencia, cumplimentada, en su caso, en el modelo oficial correspondiente.

3. Aquellos otros documentos que los Ayuntamientos exijan con arreglo a su propia normativa.

<sup>13</sup> Artículo 16. Plazo de Resolución.

1. La resolución de Calificación Ambiental se producirá en el plazo máximo de 3 meses contados a partir de la fecha de presentación correcta de la documentación exigida.

2. Transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior sin haberse dictado resolución expresa de calificación, se entenderá emitida en sentido positivo.

3. El plazo para el otorgamiento de la licencia necesaria para la implantación, modificación o traslado de la actividad quedará suspendido hasta tanto se produzca la resolución expresa o presunta de la calificación ambiental.

4. La resolución calificadoría presunta no podrá amparar el otorgamiento de licencias en contra de la normativa ambiental aplicable.

Es importante calibrar aquí el alcance del precepto, pues se trata de una norma que regula una concreta actuación en suelo rústico. Y es que parece ser que de lo que se trata es de facilitar las labores de sostenibilidad ambiental de las construcciones que ya existan en esa clase de suelo. El legislador parece estar pensando en aquellas obras, tanto de carácter residencial como de cualquier otra naturaleza, que cuenten con la preceptiva licencia de edificación o hayan obtenido la declaración de asimilado a fuera de ordenación y en las que se pretenda la instalación de equipos para la generación de energías renovables. Si la colocación de las placas solares (por ejemplo) se va a realizar en las cubiertas de esos edificios, o en cualquiera de sus elementos ya construidos, será suficiente con una declaración responsable, sin que sea preceptiva la licencia, que queda reservada sólo para los supuestos en los que estas instalaciones se vayan a ejecutar sobre ámbitos superficiales distintos de los ya construidos (con una ampliación de la ocupación del suelo rústico). Esa petición, al margen de la importancia que tiene respecto de la agilidad en la autorización para su instalación, puede tener algún efecto colateral en el ámbito fiscal. En no pocas ocasiones, las ordenanzas que prevén la imposición de tasas por instalaciones energéticas de esta naturaleza definen como hecho imponible el acto de otorgamiento de licencia. Y en esos casos ya no es preceptiva, con las consecuencias fiscales que de ahí derivan y que obligarán, en su caso, a las administraciones locales a adaptar su normativa fiscal, si es que pretenden seguir cobrando por esas instalaciones.

Continúa la LISTA con la referencia a actuaciones que ya no exigen de actos previos de control, es decir, de licencias, y nos habla de las tradicionales licencias de [primera] ocupación (usos residenciales) y de [primera] utilización (resto de usos), así como los cambios de uso en edificaciones legales o “normalizadas” mediante la declaración de asimilación a fuera de ordenación (en adelante, AFO) en suelo urbano. Está amparando el legislador las actuaciones, tan comunes en los tiempos que corren, que pretendan modificar el destino de un inmueble que era local comercial en un casco urbano que ya no se demande por su uso comercial como antaño, y que se quiera destinar a aparcamiento o trastero, siempre que la norma urbanística permita ese uso. Rezan así esos ordinales del 138:

*“d) La ocupación o utilización de las edificaciones o instalaciones amparadas en licencia previa o declaración responsable de obras, siempre que se encuentren terminadas y ajustadas a estas y su destino sea conforme a la normativa de aplicación.*

*e) La ocupación y utilización en edificaciones existentes que sean conformes con la ordenación vigente o se encuentren en situación legal de fuera de ordenación, situadas en suelo urbano no sometido a actuaciones de transformación urbanística, siempre que no hayan sido objeto de obras”.*

*f) Los cambios de uso en edificaciones, o parte de ellas que sean conformes con la ordenación territorial y urbanística o se encuentren en situación legal de fuera de ordenación, situadas en suelo urbano no sometido a actuaciones de transformación urbanística, siempre que no incrementen el número de viviendas y el uso a implantar se encuentre dentro de los permitidos por dicha ordenación”.*

El texto legal remitía al texto reglamentario el desarrollo normativo que permitiera que las declaraciones responsables de ocupación y utilización recogidas en el apartado 1 se limiten a partes de las edificaciones ejecutadas, estableciendo los requisitos y garantías para su presentación<sup>14</sup>.

Lo verdaderamente trascendente a efectos prácticos es que, en lo que respecta a la operatividad de la declaración responsable y conforme ya pergeñaba la Directiva de Servicios, desde su misma presentación se faculta al promotor para realizar la actuación pretendida, siempre que vaya acompañada de la documentación requerida conforme a la legislación vigente, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección posterior que correspondan (138.5 LISTA).

---

<sup>14</sup> El artículo 295 del RLISTA ofrece esa regulación detallada, tanto para declaraciones responsables como para licencias por fases y parciales:

1. *El Ayuntamiento podrá otorgar licencias de obras parciales que autoricen la realización de fases concretas de un proyecto básico de edificación. Para ello será necesaria la presentación del proyecto de ejecución de obras referido a la fase de que se trate.*

*A la solicitud de licencia de obras para la ejecución del resto de fases deberá adjuntarse, junto al proyecto de ejecución, declaración responsable emitida por la persona redactora de éste sobre su íntegra concordancia con el proyecto básico de edificación objeto de la licencia anterior. En otro caso, será necesaria la presentación del documento modificado del proyecto básico.*

2. *Respecto a las actuaciones cuya ocupación o utilización total esté sometida a declaración responsable conforme a lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento, podrán presentarse declaraciones responsables de ocupación y utilización limitadas a partes de las edificaciones ejecutadas conforme a una previa licencia urbanística o declaración responsable, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:*

- a) Que las partes cuya ocupación o utilización se pretenda, resulten técnica y funcionalmente susceptibles de ser utilizadas de forma independiente sin detrimento de las restantes inacabadas.*
- b) Que en la ejecución del resto de las obras previamente autorizadas o declaradas se estén cumpliendo, en el momento de su presentación, los plazos y las demás determinaciones que imponga la normativa aplicable.*
- c) Que la ocupación o utilización parcial no interfiera de forma grave en el final de las obras.*
- d) Que la parte cuya ocupación o utilización se pretenda fuese ejecutada íntegramente de conformidad con el proyecto que le sirve de cobertura y, en su caso, con las modificaciones presentadas y las condiciones establecidas.*

*En el caso de que se trate de una ocupación o utilización no sometida a declaración responsable, podrán otorgarse licencias de ocupación o utilización limitadas a partes de las construcciones e instalaciones, siempre que se cumplan los requisitos anteriores.*

3. *También pueden otorgarse licencias de ocupación o utilización limitadas a partes de las construcciones e instalaciones que cumplan la normativa urbanística, cuando existan otras partes que no se ajusten a la misma en aspectos de detalle o escasa entidad, siempre que se cumpla lo previsto en el apartado 2, letras a), b) y c), sin perjuicio de ejercitar las potestades de disciplina urbanística que fueren procedentes. En este caso, no procederá la presentación de declaración responsable.*

Esta regulación legal se ha visto cumplidamente desarrollada por el Reglamento General de la LISTA, aprobado por Decreto 550/2022 (en adelante RLISTA), que es donde se contiene la regulación exhaustiva de licencias, declaraciones responsables y comunicaciones previas en el panorama andaluz. Pasamos a estudiarlas.

### C.- EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA REGULACIÓN ANDALUZA Y ALGUNOS DE SUS DESAJUSTES

El RLISTA acoge en el Capítulo II de su Título VI el desarrollo pormenorizado de lo que denomina "Medios de intervención administrativa sobre la actividad de edificación", dentro de las llamadas "actividades de edificación", es decir, la normativa sobre licencias, declaraciones responsables y comunicaciones previas.

Aborda la cuestión, de un lado, definiendo lo que comportan cada una de esas figuras para, después, afrontar tanto el contenido sustantivo como los procedimientos de obtención de efectos de cada una de ellas, con indicación de los regímenes de nulidad, anulabilidad o cese de efectos que correspondan en cada caso. Hay que reconocer que de todas las normativas que han venido sucediéndose en el tiempo es la que, a mi juicio, mejor se adapta al espíritu de la Directiva de 2006, pues define y acota las declaraciones responsables de manera muy similar a como se pretendía en la norma europea, relegando las licencias al lugar en que las han dejado las normas de rango estatal en lo concerniente a supuestos en los que es exigible y a los efectos del sentido del silencio.

En definitiva, se trata de establecer límites a la discrecionalidad administrativa. No es a la Administración a quien compete decidir qué actuaciones se someten a uno u otro tipo de control, sino que es la norma la que define en qué casos procede el control de la actividad de los particulares a través de la autorización previa o licencia (definida en el artículo 287 RLISTA) y en qué otros supuestos es suficiente para el inicio de una actividad o para el establecimiento y prestación de un servicio una declaración responsable o una comunicación (que se contemplan en el artículo 289 RLISTA), que será previa o no en función a la normativa de aplicación. Es, por tanto, el legislador (o, en su caso, cuando así lo haya dispuesto, su reglamento de desarrollo) quien debe fijar los supuestos en los que procede una declaración responsable o una licencia, cuál debe ser el plazo de comprobación, si lo hubiere, del que dispone la Administración para controlar a posteriori la actividad implantada en virtud de esa declaración o comunicación del particular, y cuáles son los efectos que debe reportar ese control a posteriori cuando, eventualmente, las actividades o servicios implantados no se correspondan con lo declarado y con lo establecido en la normativa de obligatoria aplicación.

Se trata, en esencia, de establecer el necesario equilibrio entre los principios de libertad<sup>15</sup> y de seguridad jurídica. La LISTA y su Reglamento intentan avizorar una solución, aunque son principios que, en este ámbito, resultan difíciles de conjugar. Porque ciertamente la posibilidad de cualquier ciudadano de acometer una inversión, en muchos casos de cierto contenido económico y alto riesgo empresarial, se ve beneficiada con el aligeramiento de trámites que ofrece la declaración responsable. Si se está decidido a implantar una actividad o servicio, e incluso a acometer la obra precisa para ello, el favor libertatis y la confianza legítima entre administrado y Administración han de permitir que con la sola declaración (el compromiso, en definitiva) del ciudadano en el cumplimiento de las exigencias normativas para emprender el negocio debía ser suficiente: Directiva Bolkestein, LPAC'15, TRLBRL y LISTA así lo proponen y, en definitiva, lo permiten. Casi que lo alientan, diríase<sup>16</sup>. Pero esa moneda cuenta con un revés: el de la posibilidad de fiscalización a posteriori de la actividad acometida al amparo de esa declaración responsable. Y es que cuando se contaba con la licencia de obras o de actividad que exigía un control previo, pero, también, una declaración expresa en favor del particular, en el supuesto de revisión de sus efectos a posteriori y de, eventualmente, un cierre del local, cese de actividad o demolición de lo construido en el supuesto de que la licencia se hubiera otorgado con error, siempre cabía la posibilidad de acudir a la revisión jurisdiccional de esa orden de restablecimiento de la legalidad y, eventualmente, en el peor de los supuestos para el promotor, la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración actuante por haber fiscalizado ex ante, haber concedido expresa o presuntamente y haber negado virtualidad ex post a esa licencia o autorización. Las sentencias en las que se revocaba una licencia o autorización concedida por error iban necesariamente acompañadas de la indemnización de los daños y perjuicios irrogados al promotor

---

<sup>15</sup> Ese es el eje vertebrador, impulsor, de la normativa europea, a juicio de FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón, según explica en su artículo “Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable”, en *Revista Catalana de Dret Public*, n° 42, 2011, págs. 87 y 88: “El marco jurídico que la norma europea diseña tiene como eje vertebrador la libertad. Esa libertad, de establecimiento y de prestación de servicios, sólo es susceptible de ser constreñida de forma excepcional en función de la concurrencia de criterios delimitadores del ejercicio de la facultad de apreciación de las administraciones competentes. En ausencia de dichos criterios, el ejercicio de la libertad precisa únicamente una mera comunicación previa o una declaración responsable del prestador acerca de la observancia de los requisitos establecidos por la legislación. Recobra así plena validez el esquema clásico del derecho preexistente”

<sup>16</sup> Como con acierto ha referido MORA RUIZ, Manuela, en “Comunicación previa, declaración responsable y control posterior de la actividad en el ámbito local: aproximación a su régimen jurídico. ¿Nuevas técnicas administrativas?”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 155, julio-septiembre 2012, cuando afirma que en este sentido “no hay duda del interés de acometer una revisión del esquema de relación entre ciudadano y administración consagrado en nuestro ordenamiento en torno a la autorización administrativa y el procedimiento, y ello sin perjuicio del carácter garantizador y tutelar de este último para los ciudadanos. Dicho esquema no parece insertarse bien en el contexto liberalizador de las actividades económicas creado por Europa y pone en cuestión la eficacia de la actuación administrativa, que ha de redefinir sus tiempos y modos de intervención. De hecho, principios ordenadores de la actuación de las administraciones como el principio de transparencia, el de participación o el de confianza legítima, parecen reactivarse o alcanzar una ideación mayor ante los supuestos de declaración y comunicación” (página 270).

(así se contemplaba antes en el artículo 190.<sup>17</sup> LOUA y así se recoge también hoy en el artículo 156.<sup>18</sup> de la LISTA, ambos por remisión a lo dispuesto en el apartado 4 del art. 106 LPAC'15<sup>19</sup>). Era, sin la menor duda, una garantía postrera para los derechos de quien ha confiado en la actuación administrativa antes de acometer la inversión.

Eso hoy no ocurre con la declaración responsable: el promotor que asume el riesgo de emprender una obra o iniciar una actividad en base a una declaración responsable está sometido al control, fiscalización y, en su caso, procedimiento sancionador o de restitución en el supuesto de que las condiciones en las que se ha edificado, construido, instalado o puesto en marcha la obra o actividad no sean compatibles con la normativa de aplicación. En ese caso, y como ahora veremos, no hay actividad administrativa frente a la que reprochar una actuación anormal de la que derive la responsabilidad administrativa pues, en puridad, en la declaración responsable no hay actividad municipal, no se ha incoado ningún procedimiento administrativo. La actividad es exclusivamente del ciudadano, el promotor de la actuación. El cierre, demolición o, en definitiva, restitución de la legalidad urbanística conculcada tras la revisión ex post que sigue a la actividad indebidamente “declarada” no dará en ningún caso lugar a una indemnización por responsabilidad administrativa. De ahí que la resultancia en el juego de los principios de libertad (de implantación) y seguridad jurídica (para hacer cumplir la norma, aun en contra de los intereses del promotor) se torne verdaderamente compleja y controvertida.

Centrémonos ahora en el derecho positivo, en concreto en el tratamiento normativo andaluz, que presenta diferencias según el modo de control que se precisa para cada clase de actuación: licencia, declaración responsable y comunicación previa.

---

<sup>17</sup> 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, las licencias urbanísticas y las órdenes de ejecución, así como cualquier otro acto administrativo previsto en esta Ley, cuyo contenido constituya o habilite de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en esta Ley, deberán ser objeto de revisión por el órgano competente, de conformidad con lo establecido en legislación reguladora del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

<sup>18</sup> 1. La Administración que haya otorgado una licencia u otro título habilitante, contrario a la normativa y ordenación territorial o urbanística, declarará su nulidad mediante su revisión de oficio, siempre que concurran los presupuestos para ello. En el caso de que sea meramente anulable, podrá proceder a su declaración de lesividad y a su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Todo ello de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo común.

<sup>19</sup> 4. Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

## **a.- LICENCIAS**

Conforme al espíritu de la Directiva de Servicios, sólo deben someterse al control previo de la Administración, esto es, al otorgamiento de licencia, de acuerdo con los artículos 84 y 84.bis del TRLRBRL, aquellas actuaciones y obras que puedan tener incidencia en el medio ambiente, el entorno urbano, en el patrimonio histórico, en la seguridad y la salud pública, ocupación de bienes de dominio público, etc. Del tratamiento legal actualmente vigente, podemos establecer los siguientes presupuestos y caracteres.

### **1.- Naturaleza jurídica y caracteres de las licencias**

En torno al debate de si las licencias tienen carácter declarativo o constitutivo, lo cierto es que, al margen de diatribas de carácter científico, los derechos que asisten al propietario del suelo le vienen dados desde la propia normativa urbanística, tanto legal como reglamentaria, y en el planeamiento. Hasta el punto de que, si esas posibilidades no estuvieran allí contempladas, no sería posible el otorgamiento de una licencia válida y eficaz. Por esa razón es por la que creo que las licencias son meros actos declarativos de derechos previamente constituidos o adquiridos en el planeamiento y la normativa de aplicación. Sólo puede declararse válido y eficaz por la licencia o autorización aquello que ya venga contemplado y habilitado en el plan.

De ese enunciado se derivan prácticamente el resto de las características que tradicionalmente se han venido reconociendo a las licencias urbanísticas, y que se recogen oportunamente en la normativa del RLISTA:

a.- Son actos de carácter estrictamente reglados, en los que no caben ni condicionantes extra o contra normativa ni, por supuesto, reservas de dispensación. La licencia se otorga si se cumple el plan. La licencia se deniega si incumple sus determinaciones o las exigencias legales.

b.- Las licencias tiene carácter real, por lo que acompañan al inmueble sobre el que se conceden, con independencia de quién sea el dueño o a quién se transmita el bien al que afectan, de lo que deriva naturalmente su carácter enteramente transmisible. Basta la mera comunicación de esa transmisión a la Administración actuante para dar por cumplido el trámite, aunque incluso ello sólo opere en el campo de la exigencia de responsabilidades.

c.- Las licencias se otorgan salvo iure tertii, es decir, a salvo el derecho propiedad y sin perjuicio de tercero, aun cuando de una lectura apresurada del artículo 134.4 de la LISTA pudiera entenderse lo contrario<sup>20</sup>. Esa circunstancia prevalece,

---

<sup>20</sup> “El derecho y deber de edificar en parcelas y solares corresponde a quien ostente su propiedad o cuente con derecho suficiente para ello, sin perjuicio de su ejercicio y cumplimiento, respectivamente, a través de un tercero”, de donde pudiera entenderse que es a la administración competente a quien hubiera

salvo que se trate de bienes de las administraciones, ya sean demaniales o patrimoniales, en cuyo caso, si existiera la duda acerca de la afectación de ese bien por la licencia concedida, el ayuntamiento podrá denegarla motivadamente.

d.- Del anterior aserto podemos también deducir que se trata de actos de control estrictamente urbanístico. Lo que debe controlar la licencia es la adecuación de la obra o instalación pretendida a la normativa urbanística aplicable. No entran aquí a valorarse otras cuestiones de carácter civil ni otras determinaciones cuyo control corresponda a organismos competentes para la aplicación e interpretación de normas sectoriales. De ahí que la normativa andaluza actual exija que, a diferencia de lo que ocurría con el RSCL de 1955, la licencia sólo se puede otorgar si no estuviese afectada por normas sectoriales de protección de otra índole distinta a la urbanística, y sólo si se han cumplido previamente las exigencias que de allí derivan. Si la protección de un cauce público, de un bien patrimonial catalogado, de una vía pecuaria, o de cualquier otro valor ambiental o de otra naturaleza exigen un previo pronunciamiento, hasta que éste no recaiga en sentido favorable, no se podrá otorgar la licencia, ni siquiera de modo condicionado.

### 2.- Ámbito objetivo.

El artículo 291 del RLISTA ofrece un nomenclátor muy preciso acerca de qué actuaciones exigen la previa actividad de control, esto es, la licencia. Pero esa enumeración empieza por definirse en negativo, por cuanto el artículo 292 parece contemplarse como de preferente aplicación, en tanto que enumera las actuaciones a excluir en el deber de solicitar licencia. En concreto, no es precisa cuando se trate de:

- a) Los actos sujetos a declaración responsable o comunicación previa conforme a lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento.
- b) Los actos y obras promovidos por Administraciones Públicas en los supuestos exceptuados en la Ley y en el Reglamento.
- c) Los actos amparados por órdenes de ejecución dictadas por el Ayuntamiento.
- d) Los actos necesarios para la ejecución de resoluciones administrativas o jurisdiccionales dirigidas al restablecimiento de la legalidad territorial y urbanística, sin perjuicio de aportar un proyecto técnico suscrito por facultativo competente conforme a lo establecido en la normativa sectorial.

---

de corresponder la determinación de quién sea el propietario del suelo o quién ostentase un derecho civil sobre esa superficie para otorgar o no la licencia de obras. Tal circunstancia queda absolutamente dispada con la lectura del artículo 287.3 del RLISTA: las licencias se otorgan a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros, siendo actos de mera autorización previa comprobación de los parámetros urbanísticos afectados por el proyecto de obras presentado.

e) Las parcelaciones, segregaciones y divisiones urbanísticas contenidas en proyectos de reparcelación.

f) La constitución y modificación de complejos inmobiliarios en los supuestos exceptuados en la legislación estatal.

g) Los actos de urbanización comprendidos en proyectos de urbanización debidamente aprobados. Tampoco requerirán licencia los actos de urbanización complementarios a las actuaciones edificatorias contenidos en los proyectos que las definan.

h) Los usos que vayan a realizarse en suelo rústico precisos para la utilización y explotación agrícola, ganadera, forestal, cinegética, minera y cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales que no supongan la transformación de su naturaleza rústica, ni conlleven la realización de obras, construcciones, edificaciones e instalaciones, y en particular, los siguientes actos no constructivos:

1.º Los movimientos de tierra propios de la práctica ordinaria de las labores agrícolas, tales como el cultivo, el subsolado, el desfonde, la formación de caballos.

2.º Actuaciones de revegetación, replantación de especies leñosas, plantación forestal, restauración ecológica, limpieza y demás labores de conservación de la masa vegetal.

3.º La instalación de invernaderos siempre que no queden dentro de los comprendidos en el artículo 291.1.h).

Además, y para acometer soluciones al problema de las parcelaciones ilegales que acojan en su ámbito edificaciones irregulares que se declaren “Asimiladas a Fuera de Ordenación” (AFO), el apartado 2 de aquel precepto nos aclara que tampoco están sometidas a licencia de segregación “la división de los lotes concretos constituidos sobre una parcelación urbanística ilegal en suelo urbano para los que haya transcurrido el plazo establecido en el artículo 153 de la Ley, sin que se incluyan aquellos para los que proceda la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad. En el caso de edificaciones situadas en parcelaciones urbanísticas que sean objeto de reconocimiento en la situación de asimilado a fuera de ordenación, dicha declaración, que comprenderá la edificación y el lote concreto sobre el que se ubica, surtirá los efectos de la licencia urbanística de parcelación o segregación, conforme al artículo 174.2 de la Ley”.

Sobre este particular podrá surgir algún problema interpretativo sobre todo al momento de inscribir tales segregaciones en el registro de la propiedad. Y es que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) impone la previsión de modificar las realidades hipotecarias sólo cuando se cuente con la voluntad del tercero hipotecario o con una resolución judicial que así lo ordene, resolución judicial que

habrá puesto fin a un procedimiento entablado para alterar la realidad tabular y donde ese tercer hipotecario haya debido ser parte. Es posible avizorar el escenario en que aparezca una parcelación ilegal que afecta a una sola finca registral que en su momento estuvo en mano común, pero que hoy presenta una división en lotes que, por lo demás, están parcial o totalmente colmatados por edificaciones pertenecientes a distintos parcelistas. Esa parcelación se habrá producido de facto, de espaldas a la normativa urbanístico-hipotecaria, sin autorización expresa de ningún tipo y, por supuesto, sin someterse a las determinaciones que imponen la legislación urbanística y el Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, que permite la inscripción registral de estas divisiones y segregaciones. Una parcelación ilegal en toda regla que, además, ha alumbrado la formación de un núcleo de población in-consentido, por cuanto en cada una (o solo en parte, da igual a estos efectos) de esas parcelas absolutamente ilegales se ha construido también, en clara contravención de la normativa urbanística hipotecaria aplicable, una o varias edificaciones ilegales sobre las que ya no es posible ejercer la tarea de restitución de la legalidad urbanística conculcada. Sin embargo, como también es -por desgracia- bastante usual en nuestra geografía, las administraciones se han mostrado por entero renuentes y pasivas durante lustros a ejecutar las labores de policía urbanística que le son propias, lo que ha dado lugar a la generación de bolsas poblacionales, normalmente en suelos rústicos, que generan núcleos con una demanda importante de servicios urbanísticos que exijan que ese asentamiento, como mínimo, tenga los servicios e infraestructuras urbanísticas precisas para evitar afecciones ambientales y de salubridad pública que, sin duda, se producirían de mantener esa situación de facto sin acometer la legalización<sup>21</sup>.

A paliar esos problemas y cubrir esas lagunas normativas se ha dispuesto el legislador urbanístico andaluz con las figuras de los Planes especiales en suelo rústico, la regularización de asentamientos urbanísticos y las declaraciones de asimilación

---

<sup>21</sup> Vuelvo a citar -como ya he hecho en otros trabajos anteriores-, por la claridad con la que se expresa esa necesidad normativa, el magnífico estudio del Profesor Jordano (JORDANO FRAGA, Jesús, en su monografía *“La reclasificación del suelo no urbanizable”*; asociada a la Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación número 21, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2009), cuando analiza la triste realidad actual del suelo rústico y de la penosa regulación que ha venido padeciendo durante lustros por todos cuantos legisladores han podido incidir en la materia. Pone de relieve la inconsistencia teleológica de aquella prohibición radical de la LOUA (yo creo que de toda la normativa urbanística tradicional), que va en contra de cualquier exigencia racional. Nos explica: *“Los dogmas deben ser superados sobre todo cuando responden a realidades que hoy no existe, ya que España ya no es un país primario (agrario) si no terciario y postindustrial. El reto es hacer una transición de sistemas sin destrucción de valores. No tiene sentido preservar usos agrarios permitiendo la vivienda asociada a la explotación agraria en términos municipales donde se ha abandonado hace más de una década toda actividad agraria. Sólo con salir de la ciudad es fácil percibir esa realidad”* (pág. 372)

a fuera de ordenación, incluso cuando estas edificaciones irregulares se encuentren sobre parcelaciones ilegales. Los propietarios de suelos edificados en estas parcelaciones ilegales que pretendan la declaración de AFO y, por aplicación de los preceptos arriba referidos (artículos 174.2 de la Ley y 291.2 RLISTA), pretendan igualmente obtener la licencia de segregación para inscribir a su nombre, no sólo la edificación irregular, sino también el sustrato territorial sobre el que se levanta, de forma exclusiva y excluyente, pueden acudir a los procedimientos recogidos en la normativa urbanística. Porque, resulta obvio resaltarlo, la solución urbanística se nos ofrece con profusión de detalles en ese art. 174.2 de la Ley y también, con mayor detalle, en el RLISTA (artículos 404 y siguientes). Falta, no obstante, la solución registral.

Para ese cometido entiendo que es preciso y oportuno acudir a la normativa hipotecario-urbanística de la que disponemos. El Real decreto 1093/97, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, no podía, por razones estrictamente temporales, ofrecer una clave, un procedimiento específico para este tipo de “normalizaciones”. Pero entiendo que sí ofrece soluciones que, en una glosa sistemática de estas normas con las que ofrecen LISTA y RLISTA, pueden ayudar a encontrar respuestas interpretativas.

En efecto, las normas dispensadas para la protección del tercero hipotecario (38 LH y concordantes) han de operar de consuno con otras normas, también de naturaleza hipotecaria, pero que se aplican desde la perspectiva del urbanismo. Por ello, hemos de recordar que según ese Real decreto 1900/97, las actuaciones administrativas que tienen acceso al registro de la propiedad en materia de ordenación del territorio y ejecución urbanística tienen articulado su modo de acceso al registro de la propiedad. Y por ello, nos enseña que son también “Actos inscribibles” de naturaleza urbanística (art. 1) los siguientes:

- “Los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución del planeamiento, en cuanto supongan la modificación de las fincas registrales afectadas por el Plan, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de afecciones o garantías reales que aseguren la obligación de ejecutar o de conservar la urbanización” (apdo. 1 de ese artículo).

- Y también “las condiciones especiales de concesión de licencias en los términos previstos por las Leyes” (apdo. 4).

Y desde luego, un acto aprobatorio de la situación de AFO en el que se legalice igualmente la segregación practicada de facto, es uno de esos actos inscribibles definidos en el artículo 1. Además, es preciso recordar que, cuando el artículo 6 nos habla del “Título inscribible”, nos indica que, para la reorganización de la propiedad de los afectados por las actuaciones de ejecución del planeamiento, será título idóneo

para la inscripción la certificación de la Administración actuante acreditativa de la aprobación definitiva del proyecto. Las condiciones de ese título inscribible aparecen perfectamente definidas en el artículo 2 del Real decreto, sometiéndose a las siguientes reglas y requisitos, cuando ese título sea un acto administrativo que conste en la correspondiente certificación expedida por el fedatario público:

a) Que se expida, en ejemplar duplicado, por el secretario de la entidad u órgano actuante y con inserción literal del acuerdo adoptado.

b) Que exprese que el acto ha puesto fin a la vía administrativa, salvo lo dispuesto en este Reglamento para acuerdos determinados.

c) Que se hagan constar en ella, en la forma exigida por la legislación hipotecaria, las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a los que afecte el acuerdo.

A esas circunstancias habrá de añadirse la exigencia de aportación de planos conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Real decreto 1093/97.

Precisamente, las circunstancias relativas a las personas, derechos y fincas que queden afectadas por el acuerdo vienen recogidas en el artículo 7, apartado 11, que establece el contenido de esas certificaciones. Los títulos a inscribir deben incorporar la relación de los propietarios de fincas afectadas, así como de los titulares de las cargas y gravámenes afectados por la equidistribución, con especificación de sus circunstancias personales, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación hipotecaria, y con expresa indicación de haber sido notificados en el expediente. Esa, tal vez, sea la clave, la citación en el procedimiento administrativo de todos aquellos terceros que puedan verse afectados por la regularización de aquella parcelación ilegal que toma carta de naturaleza a través de la normalización de los AFOS construidos en su ámbito; la constancia de que han sido llamados al expediente administrativo, mediante la notificación practicada en regla, y que han tenido ocasión de defenderse y ejercer los trámites de audiencia y defensa que tuvieran por convenientes. Exactamente las mismas circunstancias que cualquier afectado por una reparcelación que se hubiera opuesto a la actividad administrativa.

Es cierto que esas normas están expresamente previstas para actuaciones de reparcelación, pero, en definitiva, la división o segregación en sucesivos lotes de una finca que inicialmente estuviera en mano común pero que se ha ido parcelando ilegalmente en el tiempo y transmitiéndose de facto a terceros operadores es, a fin de cuentas, un procedimiento de reparcelación. Y el Real decreto recoge también soluciones respecto a este tipo de parcelaciones y segregaciones. Se trata, además, de soluciones similares a las que se ofrecen para las reparcelaciones urbanísticas tradicionales. De hecho, el artículo 79. 2 ya autoriza este tipo de inscripciones cuando

el Ayuntamiento lo comunique al Registrador de la Propiedad, sólo con la particularidad de que ese “título autorizado” deriva la existencia de una parcelación urbanística ilegal pero que pretende ser legalizada a través de esa autorización expresa. En ese caso, entiendo que el Registrador practicará la inscripción de las operaciones solicitadas, de conformidad a como se ordena en ese artículo 79.

Es más, pareciera que aquel Real Decreto de 1997 hubiera estado pensando en la división de parcelas edificadas, cuando en su artículo 82 prevé que cuando sobre las parcelas resultantes del expediente de equidistribución “se construyan diferentes edificios, éstos podrán constituir fincas registrales independientes sin necesidad de licencia de parcelación”. Ciertamente es que aquel precepto indicaba que tal era la actuación si los edificios se han construido “conforme al planeamiento”, cosa que aquí obviamente no acaece. Igualmente, podría reprocharse la advertencia allí expresada respecto a que, si estas edificaciones se encuentran sobre una parcela que fuere indivisible, “sólo podrán crearse fincas registrales independientes si los distintos edificios se asientan sobre suelo común y se les somete a un mismo régimen de propiedad horizontal o conjunto inmobiliario”. Pero todo eso se había legislado cuando aún no se había previsto legalmente la posibilidad de normalización de fincas a través de la asimilación fuera de ordenación y la legalización de la segregación subrepticia así generada, que en definitiva toma carta de naturaleza por la solución ofrecida en la actualidad por la LISTA. Las propuestas brindadas por el legislador tienen rango de ley (insisto, 174.2 de la Ley) y, entiendo, habremos de buscar el encaje registral para que surta los efectos pretendidos. Sobre todo, cuando el apartado 8 de aquel art. 82 ya habilitaba la inscripción registral de “cualquier otro acto administrativo que en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas”. Es esta justamente la circunstancia que posibilita la inscripción, esto es, una certificación expedida por el secretario municipal donde se apruebe la situación de asimilado fuera de ordenación de un inmueble sobre una finca registral subdividida en lotes y afectada en alguno de esos lotes por la normalización pretendida. Entiendo que esa certificación, expedida conforme a las exigencias del Real decreto 1093/97 y con acreditación cumplida de que se han notificado a todos los terceros hipotecarios las operaciones registrales articuladas sobre la finca común, será suficiente para la inscripción registral de ese acuerdo municipal.

Por tanto, y volviendo a la glosa de aquellos actos que, con exclusión de los enumerados por el artículo 292, procede analizar los que, en efecto, están sujetos a previa licencia urbanística:

a) Las parcelaciones, segregaciones y divisiones urbanísticas en cualquier clase de suelo, salvo que estén contenidas en proyectos de reparcelación aprobados, in-

cluidas las distintas fórmulas de propiedad horizontal contenidas en su normativa reguladora. No obstante, no será necesaria licencia para la división horizontal del inmueble cuando el número y características de los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquella, entendiéndose implícita con la misma.

b) Los movimientos de tierra, incluidos los desmontes, abancalamientos, las excavaciones y explanaciones y aquellos otros que excedan de la práctica ordinaria de labores agrícolas, así como la desecación de zonas húmedas, la creación de vertederos de residuos y el depósito de materiales ajenos a las características del terreno o de su explotación natural, salvo el acopio de materiales necesarios para la realización de obras ya legitimadas por otra licencia u otro presupuesto habilitante legalmente exigible, sin perjuicio de las pertinentes autorizaciones para la ocupación del dominio público y del resto de medios de intervención administrativa previstos en la normativa sectorial aplicable.

c) Las obras de vialidad y de infraestructuras, servicios y otros actos de urbanización, que deban realizarse al margen de proyectos de urbanización debidamente aprobados, con la salvedad de lo dispuesto expresamente por la Ley para los actos promovidos por Administraciones Públicas.

d) Las obras de construcción, edificación e implantación de instalaciones de toda clase que tengan un carácter provisional y los usos provisionales que no requieran la realización de obras.

e) Las obras de construcción, edificación e implantación de instalaciones de nueva planta, las de ampliación, modificación, reforma o cualesquiera otras sobre las existentes que no estén sometidas a declaración responsable, las de demolición, salvo el supuesto de ruina física inminente, así como la instalación o ubicación de casas prefabricadas, caravanas fijas, casas móviles e instalaciones similares, provisionales o permanentes.

f) La ocupación y la utilización de las edificaciones o instalaciones existentes, así como la modificación de su uso total o parcial, ubicadas en suelo rústico o en suelo urbano sometido a actuación de transformación urbanística, conforme a lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento.

g) Las talas en masas arbóreas y vegetación arbustiva, así como de árboles aislados, que sean objeto de protección por los instrumentos de ordenación urbanística.

h) La instalación de invernaderos en suelo rústico cuando conlleve algún tipo de estructura portante con exclusión de los domésticos o de escasa entidad en cuanto a sus características o superficie afectada.

i) La apertura de caminos y accesos a parcelas en suelo rústico, así como su modificación o pavimentación salvo las autorizadas por el organismo competente en materia agraria, forestal o análoga.

j) Los cierres, muros y vallados permanentes de fincas y parcelas en suelo rústico.

k) La realización de construcciones, edificaciones e instalaciones en suelo rústico vinculadas a los usos agrícolas, ganaderos, forestales, cinegéticos, mineros y cualquier otro acto constructivo vinculado a la utilización racional de los recursos naturales.

l) Las actuaciones de construcción o instalación de infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos energéticos, incluidos los vinculados a la generación mediante fuentes energéticas renovables, y sus infraestructuras de evacuación, sean de promoción pública o privada, y la construcción de obras de infraestructura, tales como las presas, balsas, obras de defensa y corrección de cauces públicos, infraestructuras de regadíos, vías privadas, puertos de abrigo, diques de protección y defensa del litoral, accesos a playas, bahías y radas, y, en general, cualquier tipo de obras o usos que afecten a la configuración del territorio, con la salvedad de lo dispuesto expresamente por la Ley para los actos promovidos por Administraciones Públicas. Esta redacción pudiera llevar a alguna conclusión por la contradicción que, en una primera y apresurada lectura, pudiera presentar con una redacción del artículo 293.1 letra c) del RLISTA, como arriba ya referimos y luego veremos. En esencia, parece que la instalación de, por ejemplo, plantas fotovoltaicas en el tejado de una edificación ya construida no exige ninguna nueva construcción. Por esa razón parece ser que no se exigiera acto de comprobación previa, sino una mera declaración. Cuando abordemos el ámbito objetivo de las declaraciones responsables lo intentaremos aclarar.

m) Cualesquiera otras obras, construcciones, edificaciones, instalaciones, infraestructuras y uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, salvo que se sometan a declaración responsable o se traten de actos no sujetos a licencia conforme a lo previsto en la Ley y en el Reglamento.

3.- Aspectos procedimentales: tramitación y concesión. El silencio administrativo.

El procedimiento para el otorgamiento de las licencias urbanísticas está perfectamente regulado en los artículos 297 y siguientes del RLISTA. De esa formulación reglamentaria merecen la pena destacarse las siguientes circunstancias que, en muchos casos, operan como novedades de la anterior regulación y, en otras, como acotaciones necesarias para aclarar los cauces adjetivos por los que debe discurrir este procedimiento:

1.- Informes técnicos y jurídicos: antes de otorgar una licencia urbanística habrá de emitirse un informe técnico y otro jurídico de los servicios municipales o, en su caso, de la Diputación Provincial. Entiendo que los informes técnicos habrán de referirse a las cuestiones relativas a la acomodación del proyecto presentado a la normativa urbanística, en tanto que el informe jurídico a emitir por la Secretaría del ayuntamiento o del técnico a quien se tengan encomendadas tales funciones en municipios con estructuras administrativas más complejas, se debe limitar a la constatación del cumplimiento de los términos, contenidos y plazos en los que debe desarrollarse el proceso. Los informes técnico y jurídico debe llevar un pronunciamiento claro y preciso que permita al órgano municipal competente adoptar una resolución ajustada al ordenamiento jurídico.

2.- Normativa sectorial: antes del otorgamiento de una licencia urbanística municipal deben cumplimentarse cuantos requisitos deriven de la legislación sectorial. No se puede otorgar la licencia si no se cuenta con los informes sectoriales previos que resulten preceptivos. A la solicitud de licencia se acompañarán los documentos que acrediten la emisión de autorizaciones e informes que la legislación sectorial exija con carácter previo y obligatorio. Esa limitación habrá de entenderse sólo de las autorizaciones que hayan de emitirse con carácter “previo” según la norma sectorial aplicable, pues hay que entender que, a pesar de la literalidad del 299.2 RLISTA, si el informe a emitir no viene definido con esa exigencia temporal de manera precisa en la legislación sectorial, se estaría sometiendo al municipio a una estresante labor de investigación acerca de qué normativas pudieran estar en vigor en cada supuesto concreto antes de otorgar la licencia y en qué condiciones, lo que haría ciertamente engorroso el trámite de otorgamiento de la licencia municipal.

3.- Documentación adicional: además de los informes y autorizaciones sectoriales pertinentes y obligados, los proyectos técnicos que se unan a la solicitud, de conformidad con lo exigido en la LOE, podrán ser proyectos básicos (con ello se puede otorgar la licencia), aun cuando no podrá iniciarse la ejecución de la obra sin la aportación previa del proyecto de ejecución visado por el colegio profesional cuando lo exija la normativa estatal (conforme al Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio). Si no fuera exigible el proyecto técnico, al menos las solicitudes habrán de acompañarse de una memoria descriptiva y gráfica de la obra que pretenda ejecutarse. Ese proyecto es igualmente exigible en licencias de parcelación, segregación o división, con planos georreferenciados e identificación catastral y registral de las fincas afectadas.

4.- Subsanción de solicitudes y proyectos: si la solicitud no reúne los requisitos exigidos, habrá de requerirse al solicitante una sola vez para que acompañe los documentos o subsane la falta en un plazo de entre 10 y 20 días, con advertencia de

tenerlo por desistido de su petición si no procediera a la subsanación. Ese plazo es distinto de la que pueda ofrecerse al solicitante cuando, una vez estudiado el proyecto correspondiente, los informes técnicos y jurídicos adviertan deficiencias subsanables, que se podrán cumplimentar en el plazo de un mes como máximo.

5.- Resolución del procedimiento: la resolución del otorgamiento o denegación de licencia debe ser motivada y congruente con lo solicitado. El plazo máximo de resolución debe ser de tres meses desde que se presenta la documentación completa en el registro electrónico del ayuntamiento competente, quedando suspendida en caso de subsanación de deficiencias o periodos preceptivos de información pública o de concesión de autorizaciones y emisión de informes sectoriales preceptivos.

6.- Silencio administrativo: el silencio administrativo será positivo salvo en los casos en los que la legislación estatal de suelo haya previsto lo contrario. Eso es lo que dispone la nueva normativa andaluza. No ha podido, naturalmente, separarse de la pesada carga que supone la herencia recibida de la regulación estatal. Como ya dije en algún otro sitio, en realidad, el legislador nunca estuvo por el silencio positivo<sup>22</sup>. Permítame el lector recordar que con la tradicional normativa española (Ley de Procedimiento Administrativo de 1958) el silencio administrativo siempre fue negativo, situación que se mantuvo invariable hasta la promulgación de la Ley 30/1992, de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LPAC'92), en cuyo articulado la cuestión varió, hasta el punto que el silencio sería positivo salvo en supuestos contados y tasados (en esencia, las solicitudes en ejercicio del derecho de petición, cuando se exigiera el ejercicio de facultades relativas al servicio o dominio público, en la resolución de recursos o cuando una norma legal o comunitaria dispusiera lo contrario). El sentido positivo del silencio, por otra parte, se ha presentado desde entonces en la legislación general como una directriz preferente que (sobre todo desde la promulgación de la Ley 4/1999<sup>23</sup>, en la que se resaltaban las bondades del régimen del silencio administrativo tenuemente apuntadas en la originaria redacción de los artículos 43 y 44 de la

---

<sup>22</sup> “*Réquiem por las licencias adquiridas por acto presunto (la "realidad" del legislador: nunca estuvo por el silencio positivo)*”. MARTÍN VALDIVIA, Salvador M<sup>a</sup>. En Revista Aranzadi de urbanismo y edificación, ISSN 1576-9380, N.º. 24, 2011, págs. 85-96

<sup>23</sup> Leer ahora el contenido de su Exposición de Motivos, tras lo que posteriormente dispuso el Legislador de 2011 al respecto del silencio, provoca cierto sonrojo por su candidez: “*En cuanto al silencio administrativo, el artículo 43 prevé como regla general el silencio positivo, exceptuándose sólo cuando una norma con rango de Ley o norma comunitaria europea establezca lo contrario. No podemos olvidar que cuando se regula el silencio, en realidad se está tratando de establecer medidas preventivas contra patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración que diseña la propia Ley. Pues bien, esta situación de falta de respuesta por la Administración -siempre indeseable- nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano, sino que, equilibrando los intereses en presencia, normalmente debe hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legalmente impuestas*”. No se aciertan a adivinar las razones de este brusco cambio de orientación en que cayó la legislación en materia de licencias.

Ley 30/92) se anunciaba como la definitiva consagración de la seguridad jurídica del ciudadano frente a la pertinaz e indolente inactividad administrativa.

Se daba la circunstancia, no obstante, de que entre esas excepciones nunca estuvieron las licencias, conforme a las tradicionales normas urbanísticas estatales y autonómicas desde el temprano Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 (la Ley del Suelo de 1956 así lo establecía en su artículo 165.2 por remisión al artículo 9.1.7.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, la ausencia de contestación en plazo por la Administración a la solicitud de una licencia suponía su otorgamiento por silencio administrativo positivo); y así invariablemente hasta el contenido del artículo 8.3 del TRLS de 2008, pasando por la LOUA (art. 148.2)<sup>24</sup>. Sucede, no obstante, que también en este ámbito debe aplicarse la normativa europea (la Directiva de Servicios). En su transposición al derecho nacional, la Ley Ómnibus (Ley 25/2009, de 22 diciembre)<sup>25</sup>, como antes apuntara la Ley Paraguas (Ley 17/2009, de 23 noviembre), no dejan lugar a dudas en cuanto al necesario carácter facilitador de la implantación de los servicios y de las autorizaciones administrativas con carácter general –como recientemente confirmó después el legislador nacional con la Ley 2/2011, de economía sostenible-, y de forma significada también en el ámbito urbanístico.

La orientación legal no tardó en llegar. Aprovechando el dictado del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa", y entre esa mixtura de contenidos, se modificó el sentido del silencio en materia de licencias. La diversidad e inconexión con el resto de las especialidades que se abordan en el texto legal era incuestionable y abrumadora (temas que van desde la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de límites a los embargos hasta el régimen de intervención administrativa

---

<sup>24</sup> Competencia y procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas.

<sup>2</sup> La Administración estará obligada a dictar resolución expresa en el procedimiento de otorgamiento de licencias, que será notificada en el plazo máximo de tres meses desde que se presente la documentación completa en el registro electrónico municipal. El transcurso del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima a los interesados para entenderla estimada, salvo los supuestos previstos en la legislación estatal. No obstante, en ningún caso podrán adquirirse por silencio administrativo facultades o derechos contrarios a la normativa territorial o urbanística.

<sup>25</sup> Como puso de relieve LOZANO CUTANDA, Blanca en "Ley Ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa", Diario La Ley n7331, 10 febrero 2010, la Ley Ómnibus extendía el silencio positivo de manera casi generalizada a los procedimientos administrativos, con pocas excepciones. Esa era la idea: "*La Ley Ómnibus modifica el art. 43 L 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para introducir la necesidad de que para que el sentido del silencio de la Administración sea negativo lo haya previsto así una norma con rango de ley «por razones imperiosas de interés general».*"

aplicable a la valorización energética de harinas de origen animal procedentes de la transformación de despojos y cadáveres de animales) y es de suponer que aquel legislador de urgencia pensó que era buen momento para cambiar el sentido del silencio (artículo 23 del mencionado texto legal<sup>26</sup>)

La Directiva Bolkestein y las leyes de transposición imponían al legislador doméstico que quisiera cambiar el sentido positivo del silencio en estas materias la molestia de justificar cumplidamente las razones imperiosas de interés general que sostuvieran ese cambio. No las busquen en ese RDL, porque no las hay; no se explican aquellas razones. La afirmación apodíctica se sustenta en la seguridad jurídica (¿?) que supone la universalización del silencio negativo en procedimientos de este tipo<sup>27</sup> ("...lo que sin duda contribuirá a una mayor seguridad jurídica, impidiendo que la mera pasividad o inexistencia de actuaciones tempestivas de los Ayuntamientos permita entender a cualquier privado que le han sido concedidas licencias urbanísticas del más variado tipo"). Como se ve, el esfuerzo en explicarlas es nulo. Pero, además, es que si lo hiciera tendría que responder a alguna de las motivaciones que expresamente se contienen en el artículo 3.11 de la Ley Paraguas (Ley 17/2009, de 23 noviembre), donde expresamente se define por el legislador cuáles pueden ser esas razones imperiosas de interés general que justifiquen el cambio del sentido del silencio a negativo<sup>28</sup>. La manipulación espuria del principio de seguridad jurídica es colosal<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> "Artículo 23 Silencio negativo en procedimientos de conformidad, aprobación o autorización administrativa.

1.-Los actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo y el subsuelo que se indican a continuación requerirán del acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo según la legislación de ordenación territorial y urbanística:

a) Movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación.

b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta.

c) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes.

d) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva que, por sus características, puedan afectar al paisaje.

e) La primera ocupación de las edificaciones de nueva planta y de las casas a que se refiere la letra c) anterior.

<sup>27</sup> Cuan acertadas las palabras de Lozano Cutanda (op. cit.) cuando abogaba por la traslación al ámbito de las leyes urbanísticas el sentido positivo del silencio en licencias: "Sería deseable, por ello, tratar de instaurar esta interpretación del Texto Refundido de la Ley del Suelo a la luz de la restricción del sentido negativo del silencio que introduce la Ley Omnibus, alegando que no existe ninguna razón imperiosa de interés general que justifique el sentido negativo del silencio dado que «la protección del medio ambiente y del entorno urbano» se ven sobradamente garantizadas con la exigencia de una autorización previa y con las facultades de inspección y de eventual revisión de oficio de la Administración".

<sup>28</sup> "Razón imperiosa de interés general: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural".

<sup>29</sup> La seguridad jurídica del particular afectado ahora pasa por la necesidad de interponer un contencioso administrativo para obtener la declaración expresa de aquello que ya tenía concedido por el planeamiento. Curiosa manera de entender la seguridad jurídica. La impertinencia de la acepción que el

Pero es que resulta perturbador cuando se concita en las manos del legislador. Después, las leyes estatales que pudieron cambiar esa orientación no lo hicieron. Prueba patente la constituye la Ley 8/2013, de 26 de junio, "de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas" (LRRR'13). A partir de ahí, el TRLS'15 y todas las leyes autonómicas han respetado el sentido negativo del silencio (incluida la LISTA), con las matizaciones operadas tras las Ss. TC 143/2017, de 14 de diciembre y 75/2018, de 5 de julio.

Y con esas mimbres llegamos a la actual regulación andaluza, en la que se nos termina por aclarar cuándo el silencio en materia de licencias es negativo, esto es:

### **a. En suelo rústico:**

- movimientos de tierra ajenos a los proyectos de urbanización edificación o construcción.
- obras de edificación de nueva planta y la construcción e implantación de instalaciones de nueva planta
- ubicación de casas prefabricadas provisionales o permanentes
- tala de masas arbóreas o vegetación arbustiva.

### **b. En suelo urbano, las obras de edificación de nueva planta.**

Rige, de todos modos, la prohibición genérica de adquirir facultades contrarias a las normas legales y al planeamiento territorial y urbanístico por silencio administrativo (en atención a la doctrina pacífica sentada desde la paradigmática STS de 28 de enero de 2009)<sup>3031</sup>.

---

legislador nos impone de la seguridad jurídica nos hace recordar cuan acertadas resultan ahora aquellas palabras de Voltaire: *"la incertidumbre es una posición incómoda, pero la certeza es una posición absurda"*.

<sup>30</sup> Eso fue así dese siempre. El acto administrativo presunto no adquiere validez, esto es, no cumple todos los requisitos necesarios para su nacimiento en el mundo del derecho, si vulnera la legislación o el ordenamiento urbanístico; así se manifestaba el artículo 242, párrafo 6º del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, en la misma forma en que lo establecía el artículo 178.3. del Texto Refundido de 1976.

<sup>31</sup> Hemos de recordar, no obstante, que las diatribas entre seguridad jurídica y legalidad son antiguas en la doctrina. Algunos pronunciamientos jurisprudenciales venían incluso a admitir, en determinados casos, la posibilidad de entender otorgadas por silencio licencias que, aun cuando pudieran ser contrarias en sus determinaciones a la normativa aplicable, no adolecieran de vicios sustanciales. También la doctrina (SÁNCHEZ GOYANES, Enrique, en *"La coherente asunción del silencio contra legem en los Tribunales Superiores y Supremo"*, en Revista de Urbanismo y Edificación número 14, 2006-2, páginas 63 y siguientes, FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, en *"El papel del silencio positivo en la instalación de estaciones de servicio en complejos comerciales"*, en Revista de Urbanismo y Edificación número 13, año 2006-1, página 91) entendía que podía ser concedida por silencio administrativo positivo una licencia que, aun con algunos defectos, no adoleciera de vicios esenciales que pudieran implicar la nulidad del acto administrativo concesional, pues sólo una infracción manifiestamente grave hubiera legitimado en todo caso el rechazo a la producción del silencio

7.- Nulidad de las licencias: las licencias que se otorguen contra las determinaciones de ordenación territorial y urbanística cuando tengan por objeto actos y usos en zonas especialmente sensibles (artículo 153.2 de la LISTA, es decir dominio público, patrimonio histórico, suelo no urbanizable de especial protección, etc.) serán nulas de pleno derecho. Está todavía por discernir si esa licencia habrá de ser revocada por los cauces previstos en los artículos 106 y concordantes de la LPAC'15 por su nulidad radical o si, sin necesidad de iniciar ese procedimiento, la Administración podrá negarle efectos a la licencia nula de pleno derecho ab initio. Opto por la primera solución, desde luego. Pero hay voces que equiparan ese rango a la del acto inexistente.

De otro lado, si la licencia resulta disconforme con una nueva ordenación urbanística sobrevinida y los actos aún no hubieran concluido, podrá declararse motivadamente la disconformidad de la licencia con la nueva ordenación y suspender su eficacia (de la licencia de la declaración responsable) por un plazo máximo de cuatro meses, en cuyo caso se podrá iniciar el procedimiento de revocación de licencia con la indemnización a que hubiere lugar. Si la obra hubiera concluido, solamente podrá iniciarse un procedimiento de revisión de oficio conforme los artículos 106 y siguientes de la LPAC'15.

8.- Caducidad de las licencias: las licencias caducan cuando no se haya iniciado la actuación en el plazo establecido en la licencia o, subsidiariamente, en un año; o no se hubieran finalizado en el plazo previsto de licencia o, subsidiariamente, en tres años. Esa caducidad habrá de declararse de oficio o a instancia de parte, previa audiencia del interesado, extinguiendo los efectos de la licencia, que podrá volverse a solicitar si fuera intención del promotor reanudar las obras. Si las obras construidas al amparo de una licencia caducada no se hubieran reiniciado con nueva licencia, la obra y el solar quedarán en situación de ejecución por sustitución. No se ha resuelto en el RLISTA la cuestión acerca de la validez de una licencia que haya rebasado esos plazos, pero no se he declarado caducada; aunque es de suponer que si no hay tal

---

al amparo de lo establecido en el artículo 242.6 del TRLS de 1992. En el sentido de permitir la concesión por silencio administrativo positivo de las licencias que, aun con defectos, deben entenderse obtenidas hasta el punto de exigir de la administración la incoación de un procedimiento de revisión de oficio para los supuestos en los que, advertido el nacimiento del acto presunto, pudiera entenderse perjudicial para el interés público, pero obligándola a abstenerse de resolver en contra del sentido positivo del silencio. En este sentido, resulta notoria la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 6ª, de 20 junio 2005 (en recurso de casación 3100/2003). En la misma línea, la sentencia de TSJA, sede de Granada, de 30 diciembre 2005.

En contra, otro sector doctrinal encabezado por LUCIANO PAREJO a cuyo criterio, entre seguridad jurídica y legalidad, siempre legalidad. Pero ya han concluido las discusiones: prevalece en todo caso el principio de legalidad tras la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) dictada en unificación doctrina de 28 de enero de 2009 a la que en el texto hemos hecho referencia.

declaración y el promotor continúa sin oposición municipal la ejecución de las obras, no se le podrá oponer causa alguna de nulidad o anulabilidad.

### **b.- DECLARACIONES RESPONSABLES**

Como arriba he referido, a mi juicio los actos sujetos a declaración responsable están recogidos en el RLISTA de conformidad con la orientación que nos pretendía ofrecer la Directiva de Servicios. Como nos ponen de relieve ALVAREZ GONZALEZ y MORENO LINDE<sup>32</sup>, con cita expresa de la doctrina que ha abordado la cuestión, es la propia Directiva la que establece que, “*incluso en el caso de actividades excluidas de su ámbito de aplicación, los Estados miembros de la Unión no pueden utilizar la regulación de esas actividades –en lo que aquí interesa, la regulación de las actividades urbanísticas– para restringir la libre prestación de servicios, sorteando de esa manera las normas establecidas en la Directiva*”. Entre aquellas razones imperiosas de interés general que excluyen la obligatoriedad en la aplicación de la Directiva está la de la “protección del entorno urbano”. Ese aserto ha de ser interpretado de manera restrictiva, porque no toda actividad constructiva que se lleve a efecto tiene por qué incidir en la protección del entorno urbano<sup>33</sup>. Por tanto, se puede concluir que someter determinadas actividades de naturaleza urbanística a declaración responsable o comunicación previa, en lugar a licencia, es lo adecuado al régimen de prestación de servicios establecido en la Directiva y en las normas que la transponen y aplican.

Se ha discutido mucho sobre su naturaleza jurídica, alcance y efectos, sobre todo en los primeros momentos de su operatividad, pero lo cierto es que esta figura ha sido abordada en recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo que han ayudado muy sensiblemente a conformar sus perfiles. Como muestra, la sentencia 1312/2022, de 17 de octubre, dictada en el recurso 3837/2020, que explica aquello que, en la misma línea, nos ofrece otra más reciente y, a mi juicio, más completa sobre la que me detendré.

En efecto, el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, en su Sentencia 293/2023 de 8 Mar. 2023, Rec. 8658/2021 admitió a trámite la casación presentada por el Ayuntamiento de Barcelona al objeto de precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación

---

<sup>32</sup> ALVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina y MORENO LINDE, Manuel, en “*La actividad de edificación: Obras de edificación, licencias, declaraciones responsables y comunicaciones previas; deber de conservación y ruina urbanística*”, en obra colectiva “*Un nuevo paradigma en el urbanismo andaluz (Análisis de la Ley 7/2021 de impulso para la sostenibilidad del territorio en Andalucía)*”, Salvador M.ª Martín Valdivia (director), Ed. Civitas Thomson Reuters, 2022. Pág. 425.

<sup>33</sup> En este sentido, véase GUTIÉRREZ COLOMINA, V., “*La repercusión de la Directiva 2006/123/CE de servicios en la intervención municipal sobre la edificación y uso del suelo: licencias abreviadas, comunicaciones previas y declaraciones responsables*”, Revista de Estudios Locales, núm. 165 (2013), pp. 32-34, y “*La incidencia de la directiva de servicios 2006/123/CE en el urbanismo*”, Revista de Estudios Locales, núm. 122 (2009), p. 201.

de jurisprudencia consistía en determinar “*si el ejercicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tienen atribuidas las Administraciones Públicas para verificar las declaraciones responsables y las comunicaciones que permiten el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad desde el día de su presentación, se encuentra sometido a plazo, y en su caso, determinar el mismo, o sí por el contrario, su ejercicio no se encuentra sometido a límite temporal alguno y puede ser ejercitado mientras se ejerza el derecho o se lleve a cabo la actividad comunicada*”.

El recurso de casación se estimó y, en su argumentación jurídica, la sentencia aprovechó para explicar con detalle cuáles son las dos notas características de las declaraciones responsables, cuando anticipa que tales actos del interesado “*comportan que el propio interesado que tiene la intención de ejercer una actividad para la que ostenta el derecho para ejercerla, asume el compromiso de que reúne las condiciones legales para su ejercicio y, lo que es lo más relevante, que está en posesión de la documentación que lo acredita, la cual se pone a disposición de la Administración para cuando le sea requerida. Pero se añade un segundo condicionante, y es el compromiso adoptado frente a la Administración de que se compromete a mantener dichas condiciones del ejercicio de la actividad durante todo el tiempo en que sea efectivo dicho ejercicio. En base al principio que inspira la normativa impuesta por la Directiva de Servicios, los efectos de dicha declaración responsable es que el interesado puede ejercer la actividad sin esperar decisión expresa de la Administración, que es lo que diferencia las figuras tradicionales de la licencia o la autorización; en el bien entendido que dicha eficacia directa de la declaración responsable está condicionada por la potestad de comprobación que, iniciada la actividad, asume la Administración*” (F<sup>o</sup>J<sup>o</sup> Segundo)

Esta descripción de la figura se nos ofrece no sin antes diferenciarla de la naturaleza jurídica y alcance de las tradicionales licencias, como medio de control de las actividades y servicios, cuando acierta a sintetizar que los nuevos medios que habilitan para el ejercicio de un derecho o de una actividad (declaraciones responsables -en adelante DD.RR.- y comunicaciones previas) presentan la peculiaridad de que, a diferencia de las clásicas licencias o autorizaciones, su ejercicio por los ciudadanos no requiere un previo acto de la Administración competente que los valide, tras una previa comprobación de que se reúnen las condiciones para dicho ejercicio del derecho o actividad, garantizando que es acorde a dicho ordenamiento y, en definitiva, avalar que no se vean afectados los intereses generales. Ese control era el que se ejercía con las licencias, mediante las que el particular solo puede iniciar la actividad o el ejercicio del derecho una vez que la Administración ha constatado, con la aportación por el interesado de la documentación necesaria y los informes oportunos, que el ejercicio de la actividad que se pretende se ajusta a las prescripciones legales. Esa técnica (nos recuerda el TS), si bien garantizaba que el ejercicio de las actividades por los ciudadanos era legal en cuanto se examinaban, con carácter previo a su desarrollo, las exigencias normativas que regían, comportaba una importante rémora para la implantación del servicio o actividad, lo que no sucede con las DD.RR.

Crítica esa resolución del Alto Tribunal la controvertida regulación de las DD. RR, en cuanto el legislador parece limitarse a ofrecer unas definiciones generales del precepto, pero sin establecer régimen alguno al que deban someterse tales actos de los particulares. La regulación concreta de estas figuras se acomoda al criterio de la legislación sectorial, no solo la estatal sino también la autonómica e incluso la local, en función de las competencias sobre las concretas actividades sometidas a regulación, lo cual impide elaborar una teoría general sobre dichas instituciones. Esta figura, con la indudable influencia que tiene sobre el ejercicio de servicios y actividades públicas y privadas, se encuentra regulada por normas específicas que imponen, no solo el aspecto subjetivo y objetivo para su desarrollo, sino también el aspecto formal o de procedimiento; de tal forma que si en el sistema tradicional era a la Administración a quien cumplía la salvaguarda de tales bienes o servicios y la que debía constatar el cumplimiento de esas exigencias legales antes de iniciar su ejercicio, con el nuevo régimen liberalizador es el propio ciudadano quien impulsa el ejercicio de esos derechos o actividades. Es quien deberá constatar y comunicar a la Administración competente que reúne todos los requisitos que impone esa normativa sectorial, en una clara muestra del ejercicio compartido de la actividad de observancia y control administrativo, que ya no es monopolio de la Administración. Y será esa normativa sectorial la que determinará también la forma de inicio de dichas actividades o derechos, de tal forma que es el propio ciudadano quien puede ejercitar el derecho o desarrollar la actividad directamente, previa puesta en conocimiento de la Administración de que reúne las condiciones para dicho ejercicio, en una suerte de “autocertificación” que ofrece a la Administración para poner en marcha la actividad de que se trate<sup>34</sup>. Esta “autocertificación” obviamente comporta estar en posesión de todos los documentos que acreditan dicha idoneidad que, si bien no se han de presentar en esa puesta en conocimiento, deben quedar a disposición de la Administración, que tiene la potestad, en cualquier momento posterior al inicio del ejercicio del derecho o actividad, de inspeccionar la concurrencia de las exigencias legales. De ese modo, “se trata de un control *ex post facto*”, como reconoce la antedicha resolución judicial.

Pues bien, con esos precedentes doctrinales y jurisprudenciales, procede detallar algunos aspectos sustantivos y formales de la figura, empezando por el nomenclátor de actividades que se contempla en el artículo 293 del RLISTA. Es la relación de actividades que se eximen del deber de pedir licencia y por tanto del control previo de la Administración, sin perjuicio de otras autorizaciones o informes que hayan de recabarse.

---

<sup>34</sup> Así la denomina RAZQUÍN LIZARRAGA, J.A., en “El impacto de la Directiva de Servicios en el procedimiento administrativo de autorización, declaración responsable y comunicación”, Revista Jurídica de Navarra, n.º 49, enero-junio 2010, pág. 120.

## **1.- Alcance objetivo**

Son en su práctica totalidad las que ya se glosaban en la LISTA, y que vimos supra, pero con algunos añadidos:

a) Las obras de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no requieran proyecto de acuerdo con la legislación vigente (las tradicionalmente conocidas como obras menores) Respecto de lo que debamos entender como “escasa entidad constructiva y sencillez técnica”, nos remitimos a lo que arriba referimos en atención a lo dispuesto en la LOE<sup>35</sup>. Pero no solamente las obras sencillas según la LOE, sino que la declaración responsable abarca otro tipo de actividades, edificaciones e instalaciones, como son las enumeradas a continuación.

b) Las obras en edificaciones o instalaciones existentes que sean conformes con la ordenación territorial y urbanística o se encuentren en situación legal de fuera de ordenación, situadas en suelo urbano no sometido a actuaciones de transformación urbanística, siempre que no alteren los parámetros de ocupación y altura, ni conlleven incrementos en la edificabilidad o en el número de viviendas. En definitiva, las obras de reforma en suelo urbano que no alteren parámetros esenciales de la edificación.

c) Las obras en edificaciones e instalaciones existentes que sean conformes con la ordenación territorial y urbanística o se encuentren en situación legal de fuera de ordenación, situadas en suelo rústico y que tengan por objeto la mejora de las condiciones de eficiencia energética, la integración de instalaciones de energía renovable o la reducción de su impacto ambiental, siempre que no supongan obras de nueva planta o aumento de la superficie construida. Como arriba explicamos, se trata de facilitar la implantación de instalaciones de generación de energía en suelos rústicos, pero sobre edificaciones ya existentes que sean legales o cuenten con declaración de AFO y no precisen obras que aumenten la ocupación del suelo rústico.

d) La ocupación o utilización de las edificaciones o instalaciones amparadas en licencia previa o declaración responsable de obras, siempre que se encuentren terminadas y ajustadas a estas y su destino sea conforme a la normativa de aplicación.

---

<sup>35</sup> Conforme explica el RLISTA, las Ordenanzas Municipales podrán eximir de declaración responsable aquellas actuaciones que por su sencillez técnica y escasa entidad constructiva y económica, como pequeñas instalaciones y obras de simple reparación, decoración y ornamentación, carezcan de afección a la ordenación urbanística o a la normativa de la edificación, sin perjuicio de aquellos supuestos en los que, de acuerdo con la legislación sectorial aplicable, tales obras deban quedar sujetas a algún régimen de intervención administrativa.

e) La ocupación y utilización en edificaciones existentes que, sin disponer de título habilitante para dicha ocupación o utilización, sean conformes con la ordenación vigente o se encuentren en situación legal de fuera de ordenación, situadas en suelo urbano no sometido a actuaciones de transformación urbanística, siempre que no hayan sido objeto de obras posteriores realizadas sin licencia o presupuesto habilitante<sup>36</sup>.

f) Los cambios de uso en edificaciones, o parte de ellas que sean conformes con la ordenación territorial y urbanística o se encuentren en situación legal de fuera de ordenación, situadas en suelo urbano no sometido a actuaciones de transformación urbanística, siempre que no incrementen el número de viviendas y el uso a implantar se encuentre dentro de los permitidos por dicha ordenación. Se trata, como arriba expusimos, de facilitar el cambio de uso de, por ejemplo, locales por trasteros o plazas de aparcamiento. Esta declaración responsable no será exigible en las actuaciones que se refieran a actividades económicas cuya legislación específica, estatal o autonómica, exima del procedimiento de licencia urbanística y requiera para su puesta en funcionamiento de la presentación de una declaración responsable o comunicación previa, entendiéndose implícita con esta.

g) Las obras en edificaciones e instalaciones existentes en suelo urbano que se destinen a la instalación de aprovechamiento térmico de energías renovables en viviendas, la instalación de autoconsumo eléctrico con energías renovables de hasta 100 kW, y la instalación de puntos de recarga de vehículos eléctricos, excepto en edificaciones del patrimonio histórico-artístico con la categoría de bien de interés cultural.

h) Las alteraciones en la ejecución material de las obras con previa licencia urbanística otorgada, siempre que dichas modificaciones no estén sometidas a licencia urbanística.

i) Los trabajos previos a la construcción, tales como sondeos, prospecciones, catas, ensayos y limpieza de solares.

---

<sup>36</sup> Como expresa el RLISTA, en caso de que se hayan ejecutado obras sin el preceptivo medio de intervención administrativa habrá de procederse previamente a su legalización. La resolución que otorgue la legalización determinará la ocupación o utilización de la edificación siempre y cuando la solicitud de legalización fuese acompañada de la documentación exigida por el Reglamento para la ocupación o utilización de edificaciones existentes en las que no sea preciso la ejecución de ningún tipo de obra de reforma o adaptación.

No obstante, cuando las obras ejecutadas sin el presupuesto habilitante sean de las sometidas a declaración responsable, podrán presentarse conjuntamente ambas declaraciones responsables de obras y de ocupación o utilización.

j) Los trabajos de investigación relacionados con actividades mineras que no afecten a la configuración de los terrenos ni comporten movimientos de tierra sujetos a licencia urbanística.

k) La instalación o ubicación de construcciones prefabricadas e instalaciones similares en suelo urbano, cuando acrediten un carácter provisional y temporal y para su puesta en funcionamiento requieran exclusivamente obras de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no precisen proyecto de acuerdo con la legislación vigente.

Como se ve, es mucha la materia en la que el legislador andaluz (y su reglamento) ha decidido descargar en la figura de la declaración responsable el modo de articular la forma de intervención administrativa. No es que las licencias hayan desaparecido del ámbito administrativo de la intervención en la actividad de los particulares, pero sí se ha modulado de manera ciertamente significativa<sup>37</sup>.

## 2. Procedimiento. Exigencias técnicas

El procedimiento en realidad no es tal<sup>38</sup>. Como nos recuerda la anteriormente citada STS de 8 marzo de 2023, la instancia en sí misma, esto es, la presentación de la declaración responsable, da inicio y concluye el procedimiento, con la paradoja de que en realidad no hay ni procedimiento ni acto administrativo. La declaración responsable para obras e instalaciones debe necesariamente ir unida al proyecto técnico que sea exigible según la legislación vigente, visado cuando así lo requiera la normativa estatal y, cuando aquel no sea exigible, se acompañará de una memoria descriptiva y gráfica que defina las características generales de su objeto y del inmueble en el que se pretende llevar a cabo cuando se permita la ejecución de obras.

Resulta de gran trascendencia la contundente jurisprudencia surgida en relación a la necesidad de que, con carácter previo al cese de la actividad presuntamente ilegal, se hayan ofrecido al interesado las posibilidades sanatorias que brinda la normativa y que, incluso antes de la publicación del RLISTA -donde aparece expresamente habilitado ese plazo- ya había sido puesto en valor por el TSJ de An-

---

<sup>37</sup> En esta línea, REBOLLO PUIG ha sostenido que, si bien las licencias pueden subsistir, “suscitan una cuestión de proporcionalidad: su pervivencia o supresión depende de un juicio de proporcionalidad. Juicio del legislador que, desde luego, no se puede hacer en bloque de todas ellas, que son variopintas y de muy diverso calado, sino de cada uno de sus géneros. También su eventual sustitución por comunicaciones o declaraciones responsables, así como el contenido y régimen de éstas, está sometido al principio de proporcionalidad”. REBOLLO PUIG, M., “De las licencias urbanísticas a las declaraciones responsables”, REALA, núm. 11 (2019), pp. 8-9.

<sup>38</sup> En puridad, ni hay procedimiento ni hay acto administrativo en la declaración responsable, “ya que estamos ante el papel o manifestación vía telemática que el particular realiza”, al menos hasta el momento de la presentación de la declaración por el particular, como razona MORA RUÍZ, Manuela, En “Comunicación previa, declaración responsable y control posterior de la actividad en el ámbito local. Aproximación a su régimen jurídico. ¿nuevas técnicas administrativas?”, en REDA n° 155, julio-septiembre 2012, pág249

dalucía. En concreto, en su sentencia 1141/2013, de 10 de octubre de 2013 (Sala Sevilla), aparece configurado el “principio-derecho de subsanación y mejora” que se aplica no solamente en licencias de obra y actividad sino también en los supuestos de declaraciones responsables, sobre todo cuando entienda la Administración actuante que en la solicitud hay ausencia de datos esenciales que pudieran permitir dar por cumplimentada la declaración responsable. Lo que sea o no considerado como “dato esencial” corresponde interpretarlo a la normativa sectorial de aplicación, pero de lo que no cabe duda es de que antes de ordenar el cese, debe requerirse al interesado para la cumplimentación en los plazos normativamente previstos.

A esos efectos, la LISTA y en su Reglamento intentan concretar lo que ha de entenderse por esencial, aunque la profusión de conceptos jurídicos indeterminados hace que la tarea se antoje ardua. Dice al respecto el art. 157.3 LISTA (también el 369.3 RLISTA):

*“Se entenderá por inexactitudes, falsedades u omisiones esenciales aquellas relativas a manifestaciones obligatorias que impidan o pretendan eludir el control de la Administración, contengan falta de correspondencia con la realidad o ausencia de datos que sean determinantes para comprobar el cumplimiento de los requisitos normativos a los que estuviere sometida la actuación y las que carezcan de alguna autorización o informe administrativo previo exigido por la legislación sectorial.”*

Cabe preguntarse al hilo de esa exégesis si cualquier inexactitud, por leve que sea, de los datos contemplados en la memoria o proyecto ha de equipararse a la “falta de correspondencia con la realidad”; o qué datos han de considerarse determinantes para verificar que se está intentando ocultar aquel obligado “cumplimiento de los requisitos normativos a los que estuviere sometida la actuación”. Necesariamente la Administración actuante o, en última instancia, los Tribunales de Justicia habrán de ponderar cuándo estamos ante una inexactitud trascendente y cuando no o qué datos son determinantes o son contingentes a esos efectos.

Por otra parte, y volviendo a la citada sentencia, se entiende que, por no existir acto administrativo alguno en la declaración responsable, no puede hablarse bajo ningún concepto de obtención de derechos por silencio administrativo en caso de ausencia de manifestación de control por la Administración. “No se prevé un determinado plazo para llevar a cabo la institución, ni que su incumplimiento lleve aparejada la obtención por silencio del derecho a esa inscripción”, por lo que hemos de concluir que el silencio administrativo no opera cuando no existe obligación de resolver en plazo<sup>39</sup>. De hecho, y como arriba se refería, resulta significativo que el legislador, cuando hubo de modi-

---

<sup>39</sup> En este sentido la sentencia del TSJA, Sevilla, de 10 de octubre de 2013 que no considera viable la aprobación del mecanismo de suspensión administrativo en relación con usos que se hayan realizado bajo la cobertura de una comunicación o declaración responsable.

ficar el tratamiento de estos mecanismos en la legislación sobre procedimiento administrativo común, inicialmente, al incluir en la obligación de resolver del artículo 42.1 de la LPAC'92-99 las excepciones a la obligación de resolver, sólo se incluían los procedimientos que comenzarán por comunicación previa. Sin embargo, el artículo 21 de la LPAC'15 ya contiene también en esta excepción los procedimientos que se inician y concluyen con la declaración responsable.

En lo referente a aportación documental, las declaraciones responsables para la ocupación o utilización de edificaciones amparadas en licencia de obras o en presupuesto habilitante legalmente exigibles que requiriesen proyecto técnico, deben acompañarse de un certificado acreditativo de la efectiva y completa finalización de las obras suscrito por técnico competente y visado por el Colegio profesional cuando así lo exija la normativa estatal, así como de la conformidad de las obras ejecutadas con el proyecto que les sirve de cobertura y, en su caso, con las modificaciones autorizadas o declaradas. Se adjuntará igualmente la representación gráfica georreferenciada y la documentación justificativa de la puesta en funcionamiento de las instalaciones ejecutadas en el inmueble conforme a su normativa reguladora y, en su caso, certificación emitida por las empresas suministradoras de los servicios públicos, de la correcta ejecución de las acometidas de las redes de suministros. Esta certificación, sin duda, comporta un plus de responsabilidad para el técnico, que responderá frente al promotor de la adecuación de los criterios defendidos en el proyecto que se presente a la normativa de aplicación, pues no en vano el encargo supone la contratación de un arrendamiento de obra, que en teoría pretende garantizar unos resultados<sup>40</sup>.

Las declaraciones responsables para la ocupación o utilización referidas a edificaciones existentes en las que no sea precisa la ejecución de ningún tipo de obra de reforma o adaptación, deberán acompañarse de certificado, descriptivo y gráfico, suscrito por técnico competente y visado por el correspondiente Colegio profesional, cuando así lo exija la normativa estatal. En ese documento debe constar la termina-

---

<sup>40</sup> En estos casos, tengo mis fundadas dudas acerca de que estemos hablando de un contrato de arrendamiento de servicios, donde no se promete ni se contrata un efectivo resultado, a diferencia del arrendamiento de obra. En el de servicios, el arrendatario supedita su obligación de pagar el precio a la obligación del arrendador de prestar un servicio con independencia de la obtención o no de un resultado. Este contrato está recogido en el Código Civil, concretamente, en el artículo 1544:

“En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”.

En esta línea inciden los artículos 1583 a 1587 del Código Civil dedicados al arrendamiento de servicios.

Por tanto, la diferencia entre el contrato de obra y el de prestación de servicios viene dada por el objeto del contrato, según sea la actividad en sí misma considerada (contrato de servicios) o el resultado que se ha de obtener de dicha actividad, es decir, la obra. Y en el supuesto de la contratación de un proyecto que sirva de soporte para la realización de una obra o apertura de un negocio, lo que se contrata con el arquitecto es la “obra”, el resultado.

ción de la obra en fecha determinada, la descripción del estado de conservación del edificio y las instalaciones con que cuenta. Igualmente, debe acreditarse, en atención de las circunstancias anteriores, la aptitud del mismo para destinarse al uso previsto; así como la identificación catastral y registral del inmueble, la representación gráfica georreferenciada y las condiciones urbanísticas vigentes. Se adjuntará, en fin, la documentación justificativa del correcto funcionamiento de las instalaciones ejecutadas en el inmueble conforme a su normativa reguladora y, en su caso, certificación emitida por las empresas suministradoras de los servicios públicos, de que las redes son accesibles desde la edificación sin precisar nuevas obras, y de ser viable dicha acometida.

### 3. Autorizaciones e informes sectoriales

Cuando las actuaciones sometidas a declaración responsable requieran de alguna autorización o informe administrativo previo para el ejercicio del derecho, conforme a la normativa sectorial de aplicación, la presentación de la declaración responsable precisa de la previa obtención y disposición de dichos informes o autorizaciones o, en su caso, la acreditación del silencio producido mediante cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado administrativo del silencio administrativo producido.

Existen algunos antecedentes jurisprudenciales que revisten interés, aunque hayamos de matizar su aplicación a la actual regulación legal de la institución. En concreto, la STSJA (Sevilla) 1631/2021, de 10 de febrero (rec. 139/2018), no admite entender concedida una licencia de actividad sin haber obtenido previamente la calificación ambiental favorable cuando esta es exigible:

*“... se determina que [el procedimiento para actividades sometidas a declaración responsable] debe formalizarse una vez acabadas las obras e instalaciones necesarias, que tienen que estar amparadas, en su caso, por la licencia urbanística correspondiente o, si procede, por la declaración responsable o comunicación previa de obras no sujetas a licencia, así como por las demás autorizaciones sectoriales necesarias, fijadas por las normas aplicables, para llevar a cabo la actividad” ...” Las actividades que pueden legalizarse mediante este procedimiento son las que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 81 [de la ordenanza municipal reguladora]. Se excluirán, no obstante, aquellas para las cuales una disposición legal o reglamentaria exija sujeción a licencia de apertura”. “... pues se trata del presente de una actividad calificada que exige licencia de apertura, de modo que no era posible optar por esta declaración responsable para acreditar el cumplimiento del régimen de intervención municipal”*

Y es que, en ese caso, se había solicitado una licencia de actividad con la aportación documental que el promotor entendió oportuna, el ayuntamiento requirió la subsanación o mejora de la solicitud en diferentes ocasiones y esos requerimientos no

fueron atendidos, por lo que no puede operar el plazo para la obtención de la licencia ni de la calificación ambiental por silencio. Solo es posible entender producida la resolución presunta desde la fecha de presentación correcta de toda la documentación exigida. Y, en cualquier caso, la calificación por resolución presunta "(...) *no puede amparar el otorgamiento de licencias en contra de la normativa ambiental aplicable*" (art. 16.4 del Reglamento de Calificación Ambiental).<sup>41</sup>

<sup>41</sup> El razonamiento es impecable (F<sup>o</sup>J<sup>o</sup> Tercero):

"En este caso, además, el cómputo del plazo máximo de terminación del procedimiento, al que se refiere el artículo 16 del Reglamento de Calificación Ambiental, se iniciará a partir de la fecha de presentación correcta de la documentación exigida, en los términos contenidos en el citado artículo 9 de la misma norma, que deja a salvo además la que puedan exigir los Ayuntamientos con arreglo a su propia normativa. Y, además del control formal de la documentación inicialmente presentada por el interesado, se prevé otro control técnico de su contenido, de ahí la exigencia, como preceptúa el Reglamento de Actividades del Ayuntamiento de Sevilla, de la emisión de informes técnicos de carácter urbanístico, medioambiental y de seguridad y protección contra incendios, que son precisamente los solicitados en el expediente objeto de autos.

Y, en este caso, los emitidos pusieron de manifiesto la presencia de insuficiencias en la documentación técnica previa acompañada a la solicitud. Se razona en la sentencia apelada del siguiente modo: "(...) Así, en el informe urbanístico se destaca, resumidamente, que debía presentar la referencia catastral del establecimiento; los planos de situación y emplazamiento en que pudiera identificarse sin lugar a dudas la parcela, y dentro de ésta el local objeto de la solicitud de licencia; plano de fachadas y secciones debidamente acotadas, a fin de comprobar el cumplimiento de las distancias de las rejillas de salida del sistema de climatización y ventilación al acerado y a huecos de fachada no pertenecientes al local; secciones interiores significativas, debidamente acotadas, en las que pueda comprobarse el cumplimiento del parámetro de altura libre mínima de suelo a techo a acabado; describirse las características del horno y definir en su caso la forma de evacuación de gases y vapores producidos por el mismo; indicación de la cota a salvar desde el exterior al local, a fin de comprobar la pendiente de la rampa a disponer; cumplimiento de normas del aseo adaptado a personas con discapacidad, y otras indicaciones. El informe urbanístico resultó desfavorable en relación con los apartados: emplazamiento, normas urbanísticas y barreras arquitectónicas y favorable condicionado en relación con las condiciones higiénico- sanitarias.

Por su parte, el informe medioambiental se emite también con resultado desfavorable, al detectar errores en la documentación técnica previa, destacando la no justificación en el estudio acústico del cumplimiento del aislamiento mínimo de 60 DBA para los paramentos en contacto con viviendas; del cumplimiento del aislamiento de los 65 DBA para los paramentos de la sala de máquinas en contacto con las viviendas colindante; destaca que las soluciones técnicas deben concretarse en plano de detalle constructivo perfectamente definido; que no justifica la potencia sonora de las distintas máquinas, y en función de todo ello, no se realiza estudio de los focos puntuales de ruido y no analiza los efectos indirectos derivados del ejercicio de la actividad; no se analizan ni describen las medidas correctoras contra ruidos de impacto derivado del uso de carros de compra; en el alzado de la CALLE000 se constata la presencia de rejillas de aire incumpliendo la distancia mínima al suelo; no se detallan medidas antivibratorias de los apoyos elásticos de las máquinas; además de deber de aclaración de uso y mobiliario de la zona denominada en el plano como "clásica".

Y finalmente el informe técnico de seguridad, protección contra incendios, resulta favorable condicionado, recogiendo aspectos a aclarar -separación entre el recorrido de evacuación de emergencia y el almacén, anchura de los pasillos en función de la superficie de la sala de ventas y la disposición de carros para el transporte de productos, descripción del sistema de apertura de las puertas de salida, etc.- y documentación a acompañar, que se relaciona(...)".

De este modo, es obligado concluir en los mismos términos que la sentencia apelada, sin que pueda considerarse que hubiera operado el silencio positivo por el transcurso del plazo de tres meses, pues este

#### 4. Obras o instalaciones sin declaración responsable o sin cumplir con sus determinaciones. Restitución de la legalidad

El régimen jurídico del control de las actividades sometidas a declaración responsable quizá resulte lo más controvertido de la nueva regulación normativa. Y para contribuir a perfilar los cauces y consecuencias de esa actuación de inspección, control y restablecimiento de la legalidad se me antoja que la actividad jurisprudencial de la que disponemos (y de la que está por venir) resulta esencial. Tal vez lo más relevante de esos pronunciamientos judiciales, entre los que destacan los del TS arriba referidos, y que deben operar como punto de partida para encuadrar el estudio de la figura, sea el reconocimiento de la inexistencia de acto administrativo en una declaración responsable: *“Y en ese sistema intermedio no existe acto concreto de la Administración, ni presunto ni, por supuesto, expreso, sino solo un acto de los particulares interesados en el ejercicio del derecho o la actividad. En tales supuestos, el derecho a ese ejercicio surge directamente de la norma que la regula, la cual prescinde del acto autorizatorio previo”* (F<sup>o</sup>J<sup>o</sup> Segundo de la STS de 8 marzo de 2023). Por ello, cuando se trata de reconducir la actuación irregular del particular, ha de partirse de esta realidad: no hay acto, no cabe pues ni la revocación ni la declaración de nulidad de ningún acto administrativo previo<sup>42</sup>. Solo cabe procurar el cese de la actividad que se entienda ilegal. No hay nulidad de ninguna declaración de la Administración actuante, pues no existe acto administrativo previo<sup>43</sup>. Ello no obsta a que esas actuaciones sometidas a declaración responsable que se realicen sin que se haya presentado, cuando sea preceptiva, que excedan de lo declarado o que se hayan presentado con falsedades o inexactitudes deban ser consideradas como como actuaciones irregulares a todos los efectos, siéndoles de aplicación el régimen de restablecimiento de la legalidad y sancionador previsto por la Ley y en el Reglamento para los actos y usos sin autorización, conforme a los arts. 138 y 157 LISTA y 357 y siguientes RLISTA. Creo que la regulación normativa del régimen de control y legalización es, en general, acertado, aunque contiene algunos desajustes que deberán ser reconducidos por la interpretación jurisprudencial o, en último extremo, por la modificación puntual de algunos de los preceptos reglamentarios, como veremos.

---

plazo, se insiste, se cuenta " desde la fecha de presentación correcta de la documentación exigida". Y, en cualquier caso, la resolución calificatoria presunta "(...) no puede amparar el otorgamiento de licencias en contra de la normativa ambiental aplicable" (16.4 del Reglamento de Calificación Ambiental)".

<sup>42</sup> Ya lo advertía REBOLLO PUIG, Manuel, en *“Disciplina urbanística y declaraciones responsables”*, Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 198 (2019). Pág. 67.

<sup>43</sup> Así lo confirma el RLISTA en su art 368.8. *“Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas, como actos de los administrados, no serán objeto de los procedimientos de revisión de oficio previstos en la legislación de procedimiento administrativo común”*.

i. Plazos.

La diatriba más conspicua, tal vez, se haya planteado en lo referente al plazo con que cuenta la Administración para controlar el cumplimiento de las condiciones en virtud de las cuales se ha empezado a ejercer la actividad<sup>44</sup>. La LISTA propone (157.l.d) una remisión a mi juicio demasiado sintética a los plazos de los arts. 153 y 154. La jerarquía de la cuestión hubiera merecido mayor detenimiento y alguna dedicación más minuciosa. Si hubiéramos de tomar literalmente lo dispuesto en la LISTA, y como razona REBOLLO PUIG, “conforme a esta remisión al art. 153, el plazo será como regla general el de seis años desde la terminación de las obras establecido en su apartado 1; y alguna vez estaremos ante los supuestos sin límite temporal del art. 153.2. Y una vez adoptada la resolución el plazo para ejecutarla forzosamente será el de cinco años establecido en el art. 154 de la misma LISTA. Pasados esos plazos, las consecuencias serán iguales a las que se producen cuando transcurren frente a actuaciones sin la preceptiva licencia. La solución es razonable y armoniosa con el resto de la ley”<sup>45</sup>. Esta afirmación es correcta, pero merece alguna reflexión a la luz de la jurisprudencia posterior, pues no parece que los tribunales hayan adoptado sin más esa decisión, al menos en lo que al plazo para iniciar las actuaciones de control, inspección y restablecimiento. Al menos, en lo que respecta al plazo prescriptivo para iniciar actuaciones de restablecimiento, la interpretación de supuestos y soluciones se complica. Otra cosa será el plazo de cinco años para ejecutar las medidas de restablecimiento acordadas por resolución firme que, ahí entiendo que sí, obedecerán al mismo criterio que rige para la adopción de medidas en supuestos de actuaciones ilegales o sin título habilitante. Veamos.

Estamos ante el planteamiento de hasta qué momento la administración puede reaccionar frente a una obra, actividad o servicio irregularmente acometidos cuando se hubieran de someter al procedimiento de declaración responsable o comunicación previa. Y, en efecto, la jurisprudencia más autorizada ya se ha pronunciado, aunque creo que no aborda la cuestión discutida en toda su dimensión. En el recurso de casación al que se contrae la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2023 a la que nos estamos refiriendo se solicitaba, por su interés casacional, pronunciamiento del Alto Tribunal acerca de si esa actividad de control posterior estaba o no sometida a plazo. La Sala de lo contencioso del TSJ de Cataluña había estimado recurso interpuesto por un particular que entendía que, por razones de seguridad jurídica, al no existir plazo establecido en esta norma, tendría que aplicarse con carácter supletorio

---

<sup>44</sup> Como ya nos decía REBOLLO PUIG antes incluso de la aparición de la LISTA de su reglamento, esta posibilidad además no está sujeta a plazo, como ha terminado por confirmarse por la norma andaluza y la jurisprudencia del TS. En ese sentido, REBOLLO PUIG, Manuel, en “Disciplina urbanística y declaraciones responsables”, Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 198 (2019). Pág. 70.

<sup>45</sup> REBOLLO PUIG, Manuel, en “Disciplina urbanística: restablecimiento de la legalidad e inspección”, en obra colectiva “Nuevo paradigma en el urbanismo andaluz (Análisis de la Ley 7/2021, de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio en Andalucía)”, Ed. Civitas Thomson Reuters, 2022, pág. 474

el plazo de tres meses previsto en la normativa general sobre procedimiento administrativo común. No comparte esa tesis el Tribunal Supremo:

*“En primer lugar, porque desde el punto de vista estrictamente jurídico-administrativo, es evidente que, si no existe acto alguno de la Administración, tan siquiera un pretendido acto presunto, es indudable que no puede hablarse de una firmeza que requiriese acudir al procedimiento de revisión de oficio. Cuando existe un acto concediendo la licencia o la autorización, si dicho acto está viciado puede acudirse al procedimiento de revisión de oficio, en su caso. Pero ese esquema no puede aplicarse al régimen de la declaración responsable porque no haya acto.*

*En segundo lugar, porque es indudable que las potestades de control e inspección han de poder ejercitarse durante todo el tiempo en que dure el ejercicio de la actividad, de donde cabría concluir que, si en esa exigua regulación de estos actos de comunicación anticipada se hace referencia conjunta también a las potestades de comprobación, no hay razón alguna para, en una mera interpretación literal del artículo 69 haya de someterse la misma a un plazo que nunca impone el Legislador.”*

Y para ello se basa el Tribunal en la prevalencia del principio de buena fe en las relaciones entre administrado y Administración:

*“Pero es que, además de lo expuesto, no puede perderse de vista que con estos instrumentos lo que se pretende es, a la vez que se facilita la libre prestación de servicios, que impone la norma comunitaria y nuestra legislación que la traspone, se establezca una gestión compartida entre la Administración y los ciudadanos, dando intervención a estos en la gestión de los servicios (el ejemplo más significativo es la gestión de los tributos en que es el propio ciudadano y obligado al pago el que ha de realizar las correspondientes liquidaciones), es indudable que le es exigible al ciudadano la buena fe que en dichas declaraciones anticipadas de que cumplen las condiciones que la normativa impone para el ejercicio de los derechos o actividades, declaración que es la que esa normativa impone para hacer efectivo ese ejercicio. Pero precisamente por ese actuar responsable, es por lo que la Administración, a la que el Legislador impone aceptar la eficacia de la simple manifestación del ciudadano, esté habilitada para que, en cualquier momento pueda comprobar la veracidad de tales manifestaciones. Es más, de esa comprobación se generarán los efectos que fuesen procedentes en cuanto a la certeza o no de lo declarado.”*

No es sólo esa la sentencia la que abona tal interpretación. Otra anterior, la número 1165/2022, de 20 de septiembre, dictada en el recurso de casación 7031/2021, fija como doctrina jurisprudencial que

*“...no existe ya, propiamente, un procedimiento sometido al régimen de autorización (esto es, un procedimiento que deba iniciarse con una solicitud del interesado y deba finalizar con*

*una resolución favorable de la Administración), por haber sido sustituido normativamente por el régimen de la declaración responsable y la comunicación previa, lógico será concluir que existe una dificultad conceptual -más bien, imposibilidad- para aplicar directamente a la comunicación previa las causas de suspensión del plazo para resolver, que están previstas para aquellos procedimientos”.*

De aquí que proceda dar respuesta a la concreta cuestión de interés casacional suscitada señalando que

*“Hemos de concluir de lo expuesto que las potestades de comprobación en una declaración responsable o comunicación previa, conforme a la normativa general en vigor, no está sujeta a plazo alguno y puede realizarse durante todo el tiempo de ejercicio del derecho o de la actividad a que se refieren dichos actos del ciudadano”.*

Es ahí donde entra en juego el principio de seguridad jurídica, no en el sentido que planteaba la sentencia del TSJ Cataluña que el TS casó -que proponía el plazo máximo de tres meses para iniciar las actuaciones inspectoras-, sino por la necesaria aplicación del art. 153 LISTA, en el que se establece el plazo para restablecer la legalidad territorial y urbanística. El precepto es nítido en el contenido limitativo de las posibilidades de actuación pública:

*1. “Las medidas, provisionales o definitivas, para el restablecimiento de la legalidad territorial y urbanística previstas en este capítulo sólo podrán adoptarse válidamente mientras los actos o usos estén en curso de ejecución, realización o desarrollo y dentro de los seis años siguientes a su completa terminación o, si es posterior, desde la aparición de signos externos que permitan conocerlos. Si de un uso se trata, los seis años se contarán desde la aparición de signos externos que permitan conocer su efectiva implantación”.*

En similares términos se manifiesta el artículo 354 del Reglamento. Lo que comporta necesariamente una limitación temporal para actuar a la Administración que hubiera de comprobar la legalidad de la actuación sometida a declaración responsable. Es indiferente a estos efectos que la actuación se hubiere ejecutado sin ningún tipo de aportación documental ni solicitud a la Administración competente, o que se hubiese ejecutado sin ajustarse a lo declarado; resulta indiferente también que la actividad irregular la constituyera una obra ejecutada, una actividad puesta en carga o un servicio prestado sin la preceptiva declaración responsable. Si la obra se ejecutó hace más de seis años o la actividad o servicio (el “uso”, en los términos de la LISTA) se hubieran empezado a ejercer con esa antigüedad, no procede la acción de comprobación ni, por tanto, de restitución o restablecimiento del orden conculcado.

Por tanto, y a mi juicio, sí existe limitación temporal para la Administración inspectora, que es el del art. 153 LISTA. Pero ello no obsta a que, dentro de ese límite, la Administración pueda iniciar las actividades de inspección y restitución

en cualquier momento, desde la comisión de la presunta infracción hasta el plazo de prescripción definido en esa norma. Cuestión distinta es que, como ya ocurría en la legislación urbanística estatal<sup>46</sup> y hoy recoge casi miméticamente la norma andaluza, se impongan algunos límites temporales en la ponderación del juego del principio de seguridad jurídica para terceros de buena fe. En efecto, quien confiando en la vigencia de una declaración responsable adquiriera un inmueble o suceda al promotor inicial en un negocio que se haya ocupado o se haya puesto en marcha en virtud de una declaración responsable, y esté abierto, en funcionamiento o en servicio, puede verse sorprendido por una actuación inspectora que decida, temporal o definitivamente, el cierre del inmueble o el cese de la actividad. Se frustrarían así los derechos que creía tener adquiridos legítimamente. El art. 157.4 LISTA reproduce aquella redacción de la norma estatal, aunque ampliando los supuestos de aplicación<sup>47</sup>, confiriendo cierta protección a ese adquirente de buena fe, pero derivando la responsabilidad, en definitiva, al promotor que incumplió en su momento con las condiciones que debió observar. Eso sí, siempre y cuando la Administración se hubiera mostrado renuente o perezosa en el ejercicio de la acción de control e inspección por un periodo superior a seis meses. Por ello, manteniendo sine die la habilitación a la Administración para adoptar las medidas precisas para el cese de la ocupación o utilización en los casos de declaraciones responsables no presentadas o formuladas irregularmente, se le advierte no obstante que si no las adoptara (el término final se establece para la adopción de las medidas, no para el inicio de la actividad de comprobación) en el referido plazo de seis meses -plazo que al legislador le parece prudencial-, se le hace responsable, al menos primera instancia, de los perjuicios que puedan ocasionarse frente a terceros de buena fe, y no frente al declarante incumplidor, (al que parece no asistirle en principio ningún derecho resarcitorio<sup>48</sup>). Como arriba se ha dicho, con la particula-

<sup>46</sup> El TRLS 2015, en su artículo 11.5 dispone que *“Cuando la legislación de ordenación territorial y urbanística aplicable sujete la primera ocupación o utilización de las edificaciones a un régimen de comunicación previa o de declaración responsable, y de dichos procedimientos no resulte que la edificación cumple los requisitos necesarios para el destino al uso previsto, la Administración a la que se realice la comunicación deberá adoptar las medidas necesarias para el cese de la ocupación o utilización comunicada. Si no adopta dichas medidas en el plazo de seis meses, será responsable de los perjuicios que puedan ocasionarse a terceros de buena fe por la omisión de tales medidas. La Administración podrá repercutir en el sujeto obligado a la presentación de la comunicación previa o declaración responsable el importe de tales perjuicios”*.

<sup>47</sup> La norma estatal solo hablaba de actos de primera ocupación o primera utilización (*“la primera ocupación o utilización de las edificaciones”*), en tanto que la andaluza los contempla todos (*“Cuando se haya presentado una declaración responsable o comunicación previa y la Administración entienda que la actuación declarada es contraria a la ordenación territorial o urbanística...”*)

<sup>48</sup> REBOLLO deja abierta una posibilidad a esa reclamación de responsabilidad del promotor, explicando que *“Nada dice el precepto de la responsabilidad frente al propio declarante que acaso sufra perjuicios porque, pese a la pasividad de la Administración durante seis meses, se compruebe luego que lo que comunicó e hizo era ilegal y debe cesar el uso o demoler lo construido. No cabe descartar por completo la responsabilidad de la Administración frente al declarante en tal hipótesis; pero la norma comentada no dice nada de ello y el eventual derecho a indemnización del declarante habrá de argumentarse con los preceptos generales sobre responsabilidad patrimonial de la Administración”*; REBOLLO PUIG, Manuel, en *“Disciplina urbanística: restablecimiento de la legalidad e inspección”*, en obra colectiva *“Nuevo paradig-*

ridad de que podrá repercutir el importe de tales perjuicios en el sujeto obligado a la correcta presentación de la declaración responsable. Ni en los textos legales (estatal y andaluz) ni en el reglamentario (véase el desarrollo en el art. 369.6 RLISTA) se nos aclara ni cómo se repercuten, ni su cuantía, ni el procedimiento para exigirlos con la necesaria audiencia al eventual obligado al pago, tampoco la forma de calcularlos, ni el plazo para hacerlo... La ausencia total de referencias normativas a ese necesario recorrido procedimental para derivar la responsabilidad al promotor inicial hace de la propuesta una inevitable fuente de conflictos.

## ii.- Medidas de restitución

Naturalmente, resulta innecesario poner de manifiesto algo obvio, como es que ante una construcción realizada o una actividad o servicio ejercidos sin declaración responsable o sin ajustarse materialmente a lo declarado, procede la restitución de la legalidad alterada, previa la sustanciación del oportuno procedimiento, pudiendo acordar, en su caso, la demolición de lo indebidamente construido si resultare ilegal e ilegalizable, el cese de la actividad o, incluso, el cierre del establecimiento. Tal es la correcta solución que ofrece el juego de los arts. 138 y 157 LISTA (*“En la resolución se ordenarán las medidas necesarias para adecuar la realidad a la ordenación territorial y urbanística”*, conforme reza lacónica pero contundentemente el apartado 1.c de ese precepto), trámites que merecen el correspondiente desarrollo en su Reglamento, aunque con algunos excesos regulatorios difíciles de entender<sup>49</sup>.

Sin embargo, el tratamiento que la LISTA ofrece es distinto según estemos ante actuaciones que debieron sujetarse a declaración responsable y está no llegó a presentarse (las actuaciones sin título habilitante del art. 138) o actuaciones que se desarrollan al margen de lo presentado, bien porque se aparten de sus condiciones o porque aquellas que se proponían pudieran resultar contrarias al ordenamiento urbanístico

---

ma en el urbanismo andaluz (Análisis de la Ley 7/2021, de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio en Andalucía)”, Ed. Civitas Thomson Reuters, 2022, pág. 474

<sup>49</sup> Como ocurre con esa singular advertencia contemplada en el 369.4 RLISTA, que nos alerta para aquellos casos en que la actuación incompatible con la ordenación aún no se hubiese iniciado ni tampoco se hubiese ejecutado acto alguno (se entiende, naturalmente, si se hubiera presentado previamente la declaración responsable advirtiendo de su inmediata ejecución, aun cuando tal actividad material no se hubiera sucedido a la presentación de la solicitud, memoria o proyecto). En ese supuesto de hecho, y como no puede ser de otra manera, nos aclara el Reglamento algo obvio: *“no será necesario tramitar el procedimiento de establecimiento de la legalidad al que se refiere el artículo 370, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar. En este caso, será suficiente la resolución que disponga la imposibilidad de iniciar la actuación afectada”*. Es difícil avizorar en qué responsabilidad pueda incurrir el promotor que se ha limitado a presentar una solicitud, con memoria o proyecto, si no ha ejecutado materialmente ninguna actuación material; y además, es imposible justificar la aplicación del procedimiento de restitución del art. 370 (recordemos su título: *“Artículo 370. Procedimiento de restablecimiento de la legalidad ante actuaciones en curso de ejecución o terminadas sometidas a declaración responsable o comunicación previa”*), si la actuación no ha comenzado. En definitiva, el precepto que comentamos, el 369.4, es la perfecta definición de *norma ornamental*.

(art. 157). Esos diferentes tratamiento procedimental y ubicación sistemática (ásperamente criticados por REBOLLO<sup>50</sup>) acarrearán consecuencias de alcance también respecto a cuestiones esenciales, como por ejemplo el plazo de caducidad de los procedimientos de restitución (un año si se trata de actos sin declaración responsable y seis meses si lo fueran de actuaciones contrarias a lo declarado) o el procedimiento de subsanación y mejora de las solicitudes (dos meses o diez días, respectivamente). En el primer supuesto, en definitiva, la actividad administrativa de control y restablecimiento es igual a la que merecen las actuaciones sin licencia, cuando esta debiera obtenerse, en tanto que el control de las actuaciones no concordantes con lo previamente declarado responde a su propio esquema, el del art. 157 LISTA.

Ambos cauces complementan lo dispuesto en el art. 69.4 LPAC'15<sup>51</sup> y ahora se desarrollan en la LISTA y en su Reglamento, con algunas variantes. La primera, cuando la actuación se ejerce o desarrolla sin haber cumplimentado debidamente la declaración o comunicación presentadas, el procedimiento es el del 138 LISTA. Pero si se trata de apartarse de las determinaciones de la declaración presentada, que ésta

<sup>50</sup> “Esto no encaja con el art. 69.4 LPAC ni con el conjunto de la LISTA, en particular con su art. 157. Además, no tiene sentido: aplicado en su literalidad supondría que hay que requerir al interesado para que en dos meses pida una licencia, que la Administración tiene que darla o denegarla, que si la deniega debe acordar las medidas pertinentes para reponer la realidad física alterada... Y todo eso es absurdo porque es irracional que haya que pedir licencia para una actuación que con carácter general no la necesita. Además supondría que el procedimiento podría terminarse en un año (art. 152.2) en vez de en seis meses (el plazo previsto en el art. 157.1.a). No entiendo por qué la LISTA ha establecido lo previsto en ese art. 138.7. Dado que la LISTA, con su art. 157, ha procedido a incorporar armoniosamente la declaración responsable y a prever un régimen de restauración de la legalidad acorde con ella, el art. 138.7 es como una especie de borrón inconexo. Borrón no inocuo pues puede dar lugar a gran confusión. Incluso en algunos casos puede ser difícil distinguir el supuesto de hecho que aborda del contemplado en el art. 157.2; por ejemplo, si se presenta declaración que comunica unas obras y si, después de eso, se realizan obras algo superiores o distintas ¿se estará ante una de las declaraciones con falsedades esenciales del art. 157.2 o ante una de las actuaciones que exceden de lo declarado del art. 138.7? Me parece imposible la distinción y por eso mismo lo razonable es que todo eso tenga un mismo régimen. Pero la LISTA obliga a optar entre una cosa y otra y esa opción conducirá a soluciones distintas. Para colmo el art. 138.7 no solo es erróneo en cuanto al restablecimiento de la legalidad, que es lo que aquí nos ocupa, sino más todavía en cuanto al régimen sancionador: dice que el régimen sancionador de las actuaciones sin la preceptiva declaración responsable o excediéndose de lo declarado será el mismo establecido para las actuaciones sin licencia o excediéndose de ellas. Pero después resulta que hay un tipo de infracción para este caso [la del art. 161.3.b)] distinto del previsto para las actuaciones sin licencia [art. 161.3.a)]. Da la impresión de que cuando el legislador redactó el art. 138.7 LISTA se olvidó del resto de la ley”. REBOLLO PUIG, Manuel, capítulo “Disciplina urbanística: restablecimiento de la legalidad e inspección”, en obra colectiva “Nuevo paradigma en el urbanismo andaluz (Análisis de la Ley 7/2021, de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio en Andalucía)” Salvador M.ª Martín Valdivia (director), Ed. Civitas Thomson Reuters, 2022. Págs. 476 y 477.

<sup>51</sup> Art. 69.4 LPAC'15: “La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable, la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado, o la comunicación, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado por la ley, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.

contenga falsedades o inexactitudes esenciales o que no se hubiera cumplimentado toda la documentación precisa, el procedimiento es el del art. 157 LISTA, con la posibilidad en ambos casos de que, entretanto se tramita el procedimiento de restitución, se ordene que no se inicie la actuación o se cese de inmediato en ella, como ahora pasaremos a ver.

### iii.- Medidas provisionales y provisionalísimas

El régimen de control que hasta aquí he explicado no se ciñe al establecimiento, o no, de unos límites temporales. Algunos aspectos sustantivos también son significativos y, tal vez, las actuaciones administrativas tendentes a desalojar, hacer cesar o paralizar obras, instalaciones o actividades constituyan la esencia de esta contingencia. Prueba de ello es que existe un profuso tratamiento en la jurisprudencia de los tribunales españoles respecto a la posibilidad de que se suspenda el ejercicio de la actividad en los supuestos de control *ex post facto* incluso mientras dure el procedimiento de comprobación, pues como ha referido la jurisprudencia en alguna ocasión, *“al tratarse de una actividad desarrollada sin licencia, no procede suspender la ejecutividad del acuerdo municipal impugnado ya que, en caso de acordarla, haríamos una declaración de naturaleza positiva, accediendo al otorgamiento de una licencia denegada por el tiempo que durará la situación del recurso”*, terminando por aclarar que esas actuaciones clandestinas en ningún caso pueden entenderse amparadas por el derecho, ya que *“... ni el transcurso del tiempo, ni el pago de tributos, tasas o impuestos, ni la tolerancia municipal, implican un acto tácito de otorgamiento de licencia, conceptuándose la actividad ejercida sin licencia como clandestina e irregular que no legitima el transcurso del tiempo, pudiendo acordar la paralización o el cese de la actividad por la autoridad municipal en cualquier momento”* (sentencia del TSJ de Madrid número 1909, 2011, de 22 de diciembre, en la que se recoge una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>52</sup> al respecto de las posibilidades de actuación de las administraciones ante actuaciones no amparadas por licencia o declaración responsable).

Por esa razón resulta aconsejable que el momento en el que puedan adoptarse esas cautelas y el modo de hacerlos hayan de ser regulados con detalle en la normativa. Y en la andaluza, como arriba he dicho, tanto la Ley (arts. 138 y 157) como el Reglamento (arts. 360 y ss. o 369 y 370 RLISTA, según qué supuestos), se disponen a ello aplicando medidas distintas según se actúe en el restablecimiento de la legalidad urbanística en ausencia de título habilitante, cuando es preceptivo, o sin ajustarse

---

<sup>52</sup> Tal vez la más interesante al respecto sea la sentencia del Tribunal Supremo número 1558/2016, de 28 de junio, donde se aclara que la posibilidad de que un Ayuntamiento establezca tasas por la realización de actividades sometidas a declaración responsable o comunicación previa y el hecho efectivo de que se cobren esas tasas, no confiere absolutamente ningún derecho al interesado, ya que el hecho imponible viene constituido “por la actividad técnica y administrativa del ayuntamiento tendente a verificar los actos de edificación y uso de suelo sujetos a previa licencia o declaración responsable, para determinar si se ajustan a la normativa sectorial aplicable”.

a sus determinaciones. Aunque naturalmente con ciertas diferencias, en atención a la especial circunstancia arriba expresada de que una declaración responsable ni es acto administrativo ni supone siquiera el nacimiento o incoación de un procedimiento.

Por ello, se puede concluir en que, tanto si se inicia de oficio como por denuncia particular previa, la acción de restitución habrá de incoarse en el momento en que se conozca, ya sea para actos como para usos en curso o terminados -me permito marcar esto último en cursiva por la importancia del aserto en la que luego me detendré-, que se hubiera presentado una declaración responsable o comunicación previa y se entienda que la actuación pretendidamente amparada por ellas es contraria a la ordenación territorial o urbanística. De conformidad con el RLISTA, la actuación municipal ante esta presunta infracción, en lo meramente adjetivo, contempla una doble posibilidad: (i) incoar, efectivamente, el procedimiento, acordando como medida cautelar el cese o cierre de la actividad o el uso [y, además, acordarlo de modo imperativo, pues la redacción de los arts. 157.1.b) y 370.3 RLISTA así parecen imponerlo: *“En el acuerdo de inicio se ordenará como medida provisional la prohibición de continuar la actuación o su inmediata paralización...”*]; o (ii), sin tan siquiera incoar ese procedimiento, acordar con carácter cautelarísimo esas medidas de cierre o cese de actividad o uso, *inaudita parte*<sup>53</sup>, pero sometiéndose en cuanto al cómo hacerlo a la normativa de procedimiento administrativo común. Esa remisión nos deriva a la regulación contemplada en el artículo 56 LPAC'15, que contempla el régimen jurídico de las medidas provisionalísimas de un modo muy específico, y que obligarían en su observancia a la Administración urbanística actuante. Sucede, no obstante, que de esa regulación surgen dudas razonables acerca de la adecuación del Reglamento a las disposiciones legales de preferente aplicación, tanto a LPAC'15 como a la propia LISTA. Veamos:

a.- La LISTA prevé la posibilidad de aplicar las medidas cautelares (artículo 157), previos informes técnico y jurídico, incoando de oficio el procedimiento, pero indicando que en ese caso será precisa *“al menos audiencia al interesado”*; y, además, sólo si se trata de actuaciones no iniciadas o en curso, NUNCA de actuaciones terminadas. En ese extremo la propuesta legal y reglamentaria difieren, pues el RLISTA las habilita de manera expresa para actuaciones concluidas. Entiendo inaplicables esas medidas provisionalísimas a este tipo de situaciones. El RLISTA se excede grave-

---

<sup>53</sup> Como dice REBOLLO PUIG al respecto de la adopción de estas medidas cautelares y cautelarísimas en la LISTA, *“En todo procedimiento administrativo son posibles medidas provisionales en aplicación del art. 56 LPAC. Hasta caben medidas provisionalísimas, esto es, adoptadas incluso cuando aún no se ha iniciado el procedimiento, de acuerdo con el apartado 2 de ese art. 56. Y tanto en un caso como en el otro cabe tomarlas inaudita parte”*. REBOLLO PUIG, Manuel, en el capítulo *“Disciplina urbanística: restablecimiento de la legalidad e inspección”*, en obra colectiva *“Nuevo paradigma en el urbanismo andaluz (Análisis de la Ley 7/2021, de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio en Andalucía)”* Salvador M.ª Martín Valdivia (Director), Ed. Cívitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022. Pág. 455

mente en la propuesta de posibilidades inspectoras y de control que habilita la ley a la que desarrolla. De hecho, la LISTA lo que faculta, como medida provisional, es a “la prohibición de iniciarlas o su inmediata paralización, así como, en su caso, la interrupción de los suministros básicos y las medidas que resulten imprescindibles”. No se habla en ningún momento de actuar cuando la obra o la actividad ya esté ejecutada o en uso. Estando la obra terminada o la actividad en marcha, en cualquiera de los casos, habrá de aplicarse el procedimiento del 157.2 LISTA, esto es, se ha de incoar el procedimiento, se dará audiencia al interesado por diez días y se podrá hacer cesar el uso o actividad cumplidos estos trámites previos. Esa parece ser además la posición del TSJA (Sevilla), que en la sentencia arriba citada de 1141/2013, de 10 de octubre de 2013 imponía a la Administración la obligación de conferir un plazo de subsanación al declarante antes de proceder al cierre o cese de actividad. La omisión del trámite de audiencia no está, por cierto, prevista ni en el art. 157 de la LISTA ni en los arts. 56 y 69 de la LPAC’15, es una formulación exclusiva del art. 370 RLISTA.

Efectivamente y como arriba se ha referido, si se presenta una declaración responsable con inexactitudes, falsedades u omisiones esenciales, la Administración podrá actuar de manera expeditiva, pero para ello, primero, “ordenará su presentación correcta en diez días y que, entretanto, no se inicie la actuación o se cese de inmediato en ella”. Sólo si no se presentara correctamente la declaración o la documentación requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado en el plazo establecido o si, a la vista de la presentada, resulta que la actuación es contraria a la normativa territorial o urbanística, la Administración procederá de acuerdo con el apartado 1 de aquel artículo. Ese mismo procedimiento resulta de aplicación si de antemano la Administración contare con elementos de juicio suficientes para entender que la actuación es contraria a la ordenación territorial o urbanística, pero siempre sometiéndose a lo dispuesto en el referido apartado 1, lo que exige ponderar previamente, con informes técnicos y jurídicos, que acontece esa irregularidad. Por tanto, en los supuestos de obras o actividades concluidas o terminadas habrá de iniciarse el procedimiento, tramitándose mínimamente, y no se pueden imponer aquellas medidas cautelarísimas, que sólo procederían en casos de obras o actividades o usos no iniciados o en curso de ejecución.

b.- En el texto legal andaluz se incide claramente en que tales medidas cautelarísimas podrán en efecto acordarse antes de iniciar el procedimiento, pero actuando de conformidad con lo previsto en la normativa de procedimiento administrativo común, esto es, atendiendo a las exigencias del meritado art. 56 LPAC’15 y, por tanto:

- (i) Respetando los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad, lo que deja en entredicho esa supuesta automaticidad en la decisión del cierre o cese casi maquinal que se impone en el texto reglamentario, pues

como mínimo exigirá del órgano que las acuerde un juicio de ponderación de la esencialidad de las omisiones, defectos o faltas advertidos, con los intereses en conflicto (los del promotor, los de posibles terceros de buena fe, los del denunciante que eventualmente hubiera comparecido o los del interés general o de otros afectados)

(ii) Razonando su decisión, mediante un juicio mesurado de las circunstancias concurrentes y ofreciendo la motivación precisa para la adopción de esas medidas cautelares inmediatas. Esa exigencia de motivación impone al órgano competente que, entre otras cuestiones, valore “*de forma motivada*”; si existe “*urgencia inaplazable*”, cuáles son los intereses implicados que merecen aquella protección provisional y cuáles sean las medidas provisionales que resulten *necesarias y proporcionadas*, en los términos exactos empleados por la norma de procedimiento administrativo común.

(iii) Acatando los límites impuestos por la Ley. Si a la norma común hemos de adaptarnos, no cabe obviar la exigencia que se impone en el apartado 4 del art. 56 LPAC’15: “*No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes*”. Y, por poner algún ejemplo, no cabrá adoptarlas, entiendo, si con ello se estuviera afectando el derecho a la vivienda de quien la ha ocupado en base a la presentación de una declaración responsable por el promotor de la actividad que la Administración entienda insuficiente o inexacta. No veo factible que los tribunales permitan, por ejemplo, la suspensión de los suministros básicos o el desalojo de una vivienda que sea residencia habitual de una familia en una situación como la descrita, pues se estaría vulnerando con ello el fundamental derecho consagrado en el art. 47 CE, con el desarrollo que ofrece en la actualidad la Ley de Vivienda<sup>54</sup>. Es más, el propio RLISTA impone ese deber de moderación en la adopción de medidas cautelares cuando remite a su art. 358.3 para enseñar el camino a seguir ante actuaciones supuestamente irregulares en inmuebles que sean domicilio habitual de sus destinatarios<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Artículo 7. Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda: Principios rectores de la garantía de la función social de la vivienda.

<sup>55</sup> “1. Atendiendo a la delimitación que del derecho a una vivienda digna y adecuada efectúa el artículo 47 de la Constitución Española, y considerando que la vivienda cumple una función social dado que constituye un bien destinado a satisfacer las necesidades básicas de alojamiento de las personas, familias y unidades de convivencia, corresponde a las administraciones públicas competentes velar por promover las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de dicho derecho en condiciones asequibles y con especial atención a familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo, a través del estatuto de derechos y deberes asociados a la vivienda, en los términos dispuestos en la presente ley”.

<sup>55</sup> “3. De acuerdo con los principios de proporcionalidad y menor onerosidad, no se adoptará la medida cautelar de suspensión de los suministros cuando las obras en curso de ejecución sean de escasa entidad por sus características o superficie

(iv) Cumpliendo con las exigencias formales en la tramitación del procedimiento. El RLISTA aborda el proceso de notificación y de ejecución de las medidas provisionales de manera muy controvertida, a mi juicio. Tanto que, según entiendo, podría ser tachado de nulo<sup>56</sup>, por contravenir gravemente las exigencias legales contempladas como garantía básica de los interesados en cualquiera de los procedimientos sujetos a la LPAC'15, tanto más cuanto éste que estudiamos es manifiestamente limitativo de los derechos del particular. La propuesta de actuación reglamentaria refiere tres aspectos o momentos distintos en los que la medida cautelar ha de notificarse y ejecutarse:

1.- Principia el art. 358 por advertir que la resolución por la que se ordenen medidas provisionales tendrá carácter inmediatamente ejecutivo, esto es, ejecutable desde el momento que se dicta válidamente, ajustándose en ese particular a los postulados generales de los arts. 38, 39 y 98 LPAC'15.

2.- Pero continúa con un muy particular modo de ordenar el proceso de notificación de esas órdenes claramente limitativas de derechos, habilitando una suerte de notificación mancomunada entre todos los afectados, al permitir que pueda “*notificarse, indistintamente, al promotor, al propietario, al responsable o, en su defecto, a cualquier persona que se encuentre en el lugar de ejecución, realización o desarrollo, y esté relacionada con el mismo*”. Esto es, el propietario podrá darse por notificado (y vendrá obligado al cumplimiento de la orden, como se verá) si, por ejemplo, el operario de una empresa constructora que haya participado en la obra recibe una notificación de tan grave alcance como la que pueda suponer una orden de paralización de obras, de cierre del local o de cese de una actividad. Sin precisar de mayores disquisiciones, entiendo que esta singular fórmula de notificación de actos administrativos incumple *in totum* el contenido de los arts. 40 a 43, por la preterición absoluta del derecho de cualquier interesado a recibir la notificación de los actos que afecten (limitándolos) a sus derechos o intereses. En particular, el 42.2 si se trata de interesados no obligados a recibir las notificaciones por medios electrónicos. Estamos ante un nuevo y comprometido escenario: no otra cosa que el RLISTA enmendando la plana a las trabas procedimentales de la LPAC'15, confirniéndole la condición de interesado a ese operario y negándosela temporalmente a quien apareciere en el procedimiento administrativo como tal (de acuerdo con las exigencias y definiciones del

---

*afectada y se desarrollen en un inmueble que tenga la condición legal de domicilio de personas físicas.”*

<sup>56</sup> Art. 47. 2 LPAC'15: “*También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*”.

art. 4.1 LPAC'15). El Reglamento andaluz decide quién debe/puede recibir válidamente una notificación que haya de cumplirse obligatoriamente por todos a cuantos afecta. Este sistema comporta una manifiesta contravención de la sacrosanta norma que obliga a la administración a la notificación de sus actos (art. 40 LPAC'15), aquella que impone que el *“órgano que dicte las resoluciones y actos administrativos los notificará a los interesados cuyos derechos e intereses sean afectados por aquéllos, en los términos previstos en los artículos siguientes”*. Preceptos entre los que se cuenta el art. 53.1.e), que confiere al interesado en el procedimiento administrativo el derecho de *“formular alegaciones, y utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico”*, derechos tutelares que naturalmente en este momento procedimental operado por el RLISTA se me antojan una absoluta quimera; o el 97.2, en tanto impone al órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones el deber absolutamente inderogable de notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación ejecutiva.

3.- Pero el desatino no queda ahí, pues el arrojido del art. 358 RLISTA termina por disponer la manera de ejecutar forzosa o coactivamente esas medidas provisionales de un modo ciertamente *expeditivo*. Por lo pronto, da por notificada la resolución limitativa de los derechos del particular desde el momento en que se ha notificado a cualquiera de los referidos en el párrafo anterior, pero además, imponiendo a cada uno de ellos debe cumplir la orden desde su recepción por el primer notificado (*“practicada la notificación a cualquiera de las personas anteriormente reseñadas, podrá procederse a la ejecución material de las medidas provisionales adoptadas”*, se dice), a cada cual en el ámbito de sus respectivas responsabilidades. Recordándonos, de nuevo, que no será preceptivo para la adopción de las medidas provisionales el trámite de audiencia previa, *“sin perjuicio de que en el procedimiento de restablecimiento de la legalidad puedan presentarse las alegaciones que se estimen pertinentes”*, a lo que sólo podemos añadir que era lo menos que se esperaba de esta tan arriesgada propuesta normativa. En esa disposición reglamentaria se incumplen abrumadoramente las garantistas prevenciones del artículo 99 LPAC'15, cuando nos enseña cuáles son las reglas para la ejecución forzosa de los actos administrativos: *“Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley, o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de un órgano judicial”*. De lo que hemos de deducir que, si alguno de los afectados por aquella orden de ejecución no ha recibido el apercibimiento personal, no puede ser obligado a ello sin quebrar el sentido de la Ley estatal a la que se remite la

propia LISTA. Piénsese en la significación extrema de esa notificación o apercebimiento previo que “*si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado o en los restantes lugares que requieran la autorización de su titular, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial*” (art. 100.3 LPAC’15). Si no hay notificación, se hace imposible obtener ese consentimiento para acceder al domicilio o al negocio afectado por la medida cautelar restrictiva de derechos. No creo suficiente al respecto la habilitación que el art 358.6 RLISTA propone para utilizar el apoyo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para proceder al precinto<sup>57</sup>.

(v) Y, en fin, aclarando que en la resolución en la que eventualmente se acordara la incoación del procedimiento, se decidirá sobre la confirmación, modificación o levantamiento de aquellas medidas provisionalísimas, acuerdo que habrá de efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción y que podrá ser objeto del recurso que proceda. En todo caso, conforme nos recuerda la LPAC’15, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

En definitiva, esa actuación sumarisima de restitución se enmarca en la más genuina actividad de policía de la Administración. El hecho comúnmente admitido de que, ante una actuación clara y gravemente transgresora del orden jurídico, la Administración pueda adoptar medidas expeditivas para garantizar el orden público y el cumplimiento de la legalidad es donde se deben enmarcar esas medidas cautelares provisionalísimas. Y es aquí donde los principios de legalidad, proporcionalidad y menor onerosidad a los que a continuación nos vamos a referir juegan un papel transcendente. La justificación de esa enérgica e inmediata actuación de policía urbanística o ambiental, con preterición de los más elementales derechos procedimentales de los afectados (actuación sin procedimiento previo, omisión del trámite de audiencia), solo encuentra cobijo si se trata de una actividad gravemente dañosa para el interés general o de terceros y en supuestos de gravísima y evidente violación de las normas de aplicación. Actuaciones groseras del promotor que pongan en peligro derechos e intereses dignos de protección son a las que, a mi juicio, van dirigidas esas medidas perentorias y contundentes. No debe ser la misma reacción la que se dirija contra quien, por ejemplo, inaugura una discoteca al aire libre en un núcleo residencial habitado sin someterse mínimamente a las normas urbanísticas y ambientales, con la

---

<sup>57</sup> “6. Cuando se proceda al precintado, se extenderá acta por el funcionario actuante presente en el acto y se procederá a la fijación de un escrito o adhesivo que describa el acto y las consecuencias de su incumplimiento. Para la ejecución material del precinto se podrá recabar la asistencia y cooperación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”

excusa de la presentación de una declaración responsable fatua o incluso sin ella, que quien acaba de ocupar por vez primera un inmueble que va a destinarse a primera vivienda de sus moradores en un núcleo urbano residencial, aunque lo haya hecho sin haber presentado la declaración responsable de manera correcta.

iv.- Otros aspectos del procedimiento reglamentario

Por lo demás, y en lo referente a aspectos procedimentales abordados en el RLISTA, caben destacar (i) la particular circunstancia, derivada del propio carácter automático de la declaración responsable como forma de autorizar la puesta en marcha de la actividad o servicio, de que aun constando la existencia de un procedimiento de restitución (la eventualidad de un procedimiento sancionador no desaparece por esa nueva presentación, conforme al apartado 7 del art. 370) y la vigencia de sus medidas cautelares, en cualquier momento se dispondrá su archivo en el supuesto de que se presentase una declaración responsable o comunicación previa adecuada a la legalidad territorial o urbanística para la actuación, sin perjuicio del control posterior que sobre la misma proceda (art. 370.6, en concordancia con el 369.3 RLISTA). Es de suponer que, por tanto, esa presentación ulterior también supondría el cese de la medida cautelar, sin necesidad de acuerdo expreso de la administración actuante. De este modo el RLISTA aborda, eliminándola, la eventualidad dispuesta por el art. 69.4 LPAC'15 de que adverado el incumplimiento del promotor de las obligaciones que le atañen, el órgano competente pueda, además de restituir la legalidad, declarar *“la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado por la ley”*. Y (ii) la fijación del plazo de caducidad de este procedimiento de restitución en 6 meses para su notificación desde el acuerdo de incoación y hasta la adopción de la medida (no del inicio del procedimiento, como ya se dijo), llegado el cual se dejarán sin efecto de manera automática todas las medidas cautelares adoptadas. Ello es así, pero dejando a salvo la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de comprobación, control e inspección en cualquier momento posterior, cuando se adviertan las irregularidades (incluso las mismas) que dieron lugar al primero declarado caducado. Esa es la particularidad de este sistema, en el que la inexistencia de acto administrativo comporta la ausencia de plazo alguno para proceder al control posterior de la ilegalidad de la actuación o servicio amparados en la declaración responsable, con la paradoja de que se puedan suceder en el tiempo procedimientos restrictivos de derechos del particular de manera impenitente. El único plazo prescriptivo, como arriba se ha dejado señalado, será el de los seis años desde la terminación de la obra o la implantación del uso, y el de los cinco años para ejecutar las medidas de restitución que hubieran resultado impuestas por acto firme y que no se hubieran ejecutado en ese término, conforme a los arts. 153 y 154 LISTA arriba citados.

## **5. La constancia registral de las declaraciones responsables**

En efecto, la implantación definitiva de las DD.RR. entre los modos de intervención administrativa ya tiene su plasmación en los modos en que se articula su acceso al registro de la propiedad<sup>58</sup>. La Disposición adicional novena de la LISTA ofrece las reglas para que las declaraciones responsables sirvan para la protocolización e inscripción de obras nuevas y las mal llamadas “licencias” de ocupación o utilización. Y así, diferenciando en principio entre obras nuevas en construcción y de obra terminada, dispone que para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, se exigirá y testimoniará: a) La licencia o alternativamente, si se trata de obras que conforme a esta Ley estén sólo sujetas a declaración responsable, acreditación de que se ha presentado tal declaración; b) Certificación expedida por técnico competente que acredite el ajuste de la descripción de la obra al proyecto objeto de la licencia o a lo manifestado en la declaración responsable; y c) Las coordenadas de la superficie ocupada por la edificación o instalación.

Si se trata de obra nueva terminada, las exigencias pasan por testimoniar: a) la licencia o, en su caso, la declaración responsable; b) Licencia de ocupación o utilización, o bien la acreditación de que se ha presentado declaración responsable de ocupación o utilización o, en su caso, cambio de uso; y c) la certificación expedida por técnico competente que acredite la finalización de la obra conforme a lo autorizado y declarado.

Cuando se pretenda “normalizar” actuaciones en situación legal de fuera de ordenación, además, habrá de acreditarse que la obra concluyó hace más de seis años y que ya no es posible la adopción de medidas de protección de la legalidad territorial y urbanística ni de restablecimiento del orden jurídico perturbado, conforme a lo previsto en la legislación estatal (art. 28.4 TRLS’15)

### **C.- ACTOS SUJETOS A COMUNICACIÓN PREVIA**

El art. 138 LISTA apartado 6, dispone que será objeto de comunicación previa a la Administración cualquier dato identificativo que deba ponerse en su conocimiento para el ejercicio de un derecho, y en particular los siguientes:

- a) Los cambios de titularidad de las licencias y declaraciones responsables. La falta de presentación de dicha comunicación implicará que adquirente y transmitente quedarán sujetos, con carácter solidario, a las responsabilidades que pudieran derivarse de la actuación que se realice al amparo de dicha licencia.
- b) El inicio de las obras.

c) Las prórrogas del plazo para el inicio y terminación de las obras con licencia o declaración responsable en vigor.

Conforme al art. 294 RLISTA, esos actos sujetos a comunicación, a los efectos de su constancia, realización y posible control posterior, se amplían también a los siguientes:

...

b) El inicio de las obras autorizadas por licencia urbanística cuando la actuación de que se trate requiera proyecto técnico conforme a la legislación vigente. No será necesario comunicar dicho inicio en las actuaciones sometidas a declaración responsable.

...

d) El desistimiento de la licencia urbanística o de la declaración responsable presentada.

e) Los actos de agregación de fincas, parcelas o solares que sean conformes con la ordenación territorial o urbanística.

f) Otros datos o situaciones que establezcan las Ordenanzas municipales, tales como la paralización voluntaria de las actuaciones o el cambio de la dirección facultativa.

#### D.- A MODO DE CONCLUSIÓN

La Directiva de Servicios de 2006 impuso un cambio de cultura en lo que a formas de intervención administrativa se refiere. El modelo que descansaba en la tradicional referencia a la licencia, como modo de control previo de la actividad del particular, había quedado obsoleto, pues principios como el de intervención mínima, proporcionalidad y responsabilidad compartida imponían un cambio de criterios y estructuras normativas a los estados miembros. El Estado Español se veía obligada a reformar aquel esquema que desde 1955 (RSCL) teníamos tan asumido como propio, como único.

Las Leyes de transposición tardaron casi tres años en llegar (Leyes Paraguas y Ómnibus), pero más perezosa aún resultó ser la adaptación de las normativas general, local y -sobre todo- urbanística a los nuevos esquemas. El TRLS'15 abordó el tema de soslayo, como corresponde a la atribución competencial del Estado en materia puramente urbanística, y la LOUA, referencia normativa andaluza, no lo hizo hasta su reforma de 2020 (catorce años de *vacatio*). Y tal vez, vista la débil pulsión de estas nuevas figuras en la vida pública local y, como reflejo, en la jurisprudencia de los tribunales españoles, ésa constituya la razón por la que aquellos principios de la norma europea están tardando tanto tiempo en calar en nuestras conciencias urbanísticas. Son numerosas las administraciones y muchos los operadores jurídicos que todavía

hoy, a la fecha de escribir estas líneas, siguen considerando que, para ciertas actividades, servicios o negocios, en definitiva, la forma normal de implantación deba pasar por el tamiz del previo control administrativo, de la licencia. De tal manera que la paradoja actual nos muestra que, mientras las normas urbanísticas aplicables, sobre todo tras la publicación de la LISTA y de su Reglamento, establecen un claro nomenclátor de actividades y servicios cuya implantación sólo depende de la declaración responsable previa del interesado o de su mera comunicación, las administraciones (en su mayor parte, las administraciones locales) mantienen en su operativa diaria la exigencia de tramitar el procedimiento para la concesión de licencias e, incluso, muchos promotores, sin reconocer el crédito que a la declaración responsable le arroga la norma, siguen acogiéndose al sistema de presentación de los proyectos precisos para la concesión de las licencias que les habiliten para iniciar la obra, implantar el servicio o poner en marcha la actividad. La *seguridad jurídica* no la confiere la posibilidad de actuar cuando ellos (los promotores o sus técnicos) entiendan cumplidas las exigencias normativas, sino sólo cuando la Administración lo ha verificado con carácter previo mediante la emisión del oportuno acto administrativo expreso de licencia o autorización. Y no es ese, desde luego, el anhelo de la norma europea.

Mientras termina por calarnos aquel espíritu, el legislador andaluz ha porfiado en la completa adaptación del panorama urbanístico a las directrices marcadas por la Directiva de Servicios. El RLISTA ha dibujado una estructura procedimental lo suficientemente completa como para hacer de aquellas intenciones del legislador una realidad práctica y dúctil que podamos manejar en el hábito cotidiano. Con algunas disfunciones y excesos, el texto reglamentario completa el dibujo del sistema con el que operadores y administraciones han de desenvolverse en el ámbito de la actividad de intervención administrativa a partir de ahora, conforme a las pautas de la norma europea que cambió nuestra tradicional visión del objeto de licencias y autorizaciones administrativas. Ni la licencia es ya el método de control preferente en la intervención de la actividad administrativa, ni es precisa invariablemente la participación activa de las administraciones actuantes para impulsar la implantación y desarrollo de actividades y servicios que dinamicen el tejido productivo. La corresponsabilidad en esa tarea corresponde también a quien la acomete, al promotor, al particular interesado. Pero la realidad de esas propuestas está aún por cuajar en la realidad económica, administrativa, social y jurídica española.

En definitiva, las técnicas alumbradas por la Directiva de Servicios presentan todavía límites por pulir, pero con el perfeccionamiento de la normativa urbanística -la andaluza nos acaba de ofrecer un avance sustancial en ese sentido- y la sectorial y, muy especialmente, de la jurisprudencia que está por venir, podremos finalmente definir los contornos de cada uno de esos instrumentos de intervención administrativa y evidenciar su verdadera operatividad.

E.- BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina y MORENO LINDE, Manuel, en “La actividad de edificación: Obras de edificación, licencias, declaraciones responsables y comunicaciones previas; deber de conservación y ruina urbanística”, en obra colectiva “Un nuevo paradigma en el urbanismo andaluz (Análisis de la Ley 7/2021 de impulso para la sostenibilidad del territorio en Andalucía)”, Salvador M.<sup>a</sup> Martín Valdivia (director), Ed. Civitas Thomson Reuters, 2022.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, en "El papel del silencio positivo en la instalación de estaciones de servicio en complejos comerciales", en Revista de Urbanismo y Edificación número 13, año 2006-1

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, “Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable”, En Revista Catalana de Dret Public, n<sup>o</sup> 42, 2011

FUERTES LÓPEZ, Mercedes, “Luces y sombras en la incorporación de la Directiva de Servicios”; Revista Catalana de Dret Public n<sup>o</sup>42, 2011

GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio, “La incidencia de la directiva de servicios 2006/123/CE en el urbanismo”, Revista de Estudios Locales, núm. 122 (2009).

GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio, “La repercusión de la Directiva 2006/123/CE de servicios en la intervención municipal sobre la edificación y uso del suelo: licencias abreviadas, comunicaciones previas y declaraciones responsables”, Revista de Estudios Locales, núm. 165 (2013).

JORDANO FRAGA, Jesús, monografía “La reclasificación del suelo no urbanizable”, asociada a la Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación número 21, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2009.

LOZANO CUTANDA, Blanca en “Ley Ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa”, Diario La Ley n7331, 10 febrero 2010

MARTÍN VALDIVIA, Salvador M.<sup>a</sup>. “Réquiem por las licencias adquiridas por acto presunto (la "realidad" del legislador: nunca estuvo por el silencio positivo)”. En Revista Aranzadi de urbanismo y edificación, ISSN 1576-9380, N.º. 24, 2011

MORA RUÍZ, Manuela, En “Comunicación previa, declaración responsable y control posterior de la actividad en el ámbito local. Aproximación a su régimen jurídico. ¿nuevas técnicas administrativas?”, en REDA n<sup>o</sup> 155, julio-septiembre 2012.

RAZQUÍN LIZARRAGA, J.A., en “El impacto de la Directiva de Servicios en el procedimiento administrativo de autorización, declaración responsable y comunicación”, *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 49, enero-junio 2010.

REBOLLO PUIG, Manuel, “Disciplina urbanística y declaraciones responsables”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 198 (2019).

REBOLLO PUIG, Manuel, “De las licencias urbanísticas a las declaraciones responsables”, *REALA*, núm. 11 (2019)

REBOLLO PUIG, Manuel, capítulo “Disciplina urbanística: restablecimiento de la legalidad e inspección”, en obra colectiva “Nuevo paradigma en el urbanismo andaluz (Análisis de la Ley 7/2021, de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio en Andalucía)” Salvador M.ª Martín Valdivia (Director), Ed. Civitas Thomson Reuters, 2022.

RODRÍGUEZ FONT, Mariola, “La contribución inicial de la jurisdicción contencioso-administrativa a la construcción del régimen de control a posteriori (comunicación previa y declaración responsable)”, publicada en *Revista Andaluza de Administración Pública* número 90, septiembre-diciembre 2014.

SÁNCHEZ GOYANES, Enrique, en "La coherente asunción del silencio contra legem en los Tribunales Superiores y Supremo", en *Revista de Urbanismo y Edificación* número 14, 2006-2.



# **El Impacto de la entrada en vigor de LA LISTA en el planeamiento general vigente y la inmediata implementación de instrumentos de ordenación detallada**

*Sebastián Olmedo Pérez*

Abogado urbanista. Asesor Jurídico de Territorio y Ciudad SLP

Sumario. I. EL IMPACTO GENERAL DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LISTA EN EL SISTEMA DE PLANEAMIENTO APROBADO. II. EL IMPACTO DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LISTA EN LA CLASIFICACIÓN URBANÍSTICA ESTABLECIDA EN EL PLAN VIGENTE. 2.1. Los terrenos con la consideración de suelo urbano en el régimen transitorio. 2.1.A.El reconocimiento de la consideración de suelo urbano. 2.1.B. Régimen de las diversas situaciones en que se encuentran los terrenos con la consideración de suelo urbano en régimen transitorio. 2.2. El suelo clasificado como urbanizable en el planeamiento general. 2.3. El suelo clasificado como suelo no urbanizable en el planeamiento general. III. LA IMPLEMENTACIÓN DE INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN DETALLADA DE LA LISTA SIN NECESIDAD DE ADAPTACIÓN DEL PLANEAMIENTO GENERAL. 3.1. La formulación de Plan de Ordenación Urbana sin adaptación del instrumento general. 3.2. La formulación de Planes Parciales en sectores de suelo urbanizable. 3.3. La formulación de Planes Parciales Planes previa delimitación de ATU en ámbitos de suelo urbanizable no sectorizado de PGOU vigente. 3.4. La formulación de Planes de Reforma Interior o Estudios de Ordenación de forma inmediata. 3.5. La modificación del planeamiento vigente en suelo no urbanizable y en suelo urbano cuando no supongan actuaciones de transformación. 3.6. La modificación del planeamiento vigente para dotar de ordenación detallada al suelo urbano de carácter transitorio cuando carece de ordenación pormenorizada.

Resumen. La nueva ley autonómica de Andalucía de ordenación del territorio y urbanismo - Ley 7/2021, de 1 diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, en adelante, LISTA- pretende incorporar un nuevo sistema de planeamiento urbanístico que sustituya al clásico sistema piramidal. El análisis centra su objeto en el impacto de la nueva ley urbanística en el planeamiento general vigente en el momento de su entrada en vigor, clarificando la fórmula de resolver los conflictos que pueden presentarse en el régimen transitorio por la concurrencia de

dos efectos: el de la aplicación inmediata de la nueva regulación y el de la conservación de la ejecutividad del planeamiento vigente. Igualmente, se exponen las posibilidades de desarrollar de forma inmediata instrumentos de ordenación detallada para implementar actuaciones de transformación urbanística que habilita la LISTA y su desarrollo reglamentario (Decreto 550/2022) en esta etapa inicial.

Palabras Claves: planeamiento, urbanismo, Andalucía, régimen transitoriedad.

Summary. The new regional law of Andalusia on spatial and urban planning (Law 7/2021 of 1<sup>st</sup> December, on the promotion of sustainability of the Andalusian territory -hereinafter LISTA-) intends to incorporate a new urban planning system to replace the classic pyramidal system. The analysis focuses on the impact of the new urban regulation on the general urban planning in force at the time of its entry into force, clarifying the formula for resolving conflicts that may arise in the transitional regime due to the concurrence of two effects: the immediate application of the new regulation and the preservation of the enforceability of the current planning. Likewise, the possibilities of immediately developing detailed planning instruments to implement urban transformation actions enabled by LISTA and its regulatory development (Decree 550/2022) in its initial stage are exposed.

Key words: urban planning, urbanism, Andalusia, transitional regime

### I. EL IMPACTO GENERAL DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LISTA EN EL SISTEMA DE PLANEAMIENTO APROBADO

La Ley 7/2021, de 1 diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (en adelante, LISTA) establece un nuevo régimen jurídico territorial y urbanístico que resulta de inmediata aplicación desde el momento de su entrada en vigor (23-12-2021) sin precisar la adaptación del planeamiento general y, al tiempo, realiza una declaración de conservación del sistema de planeamiento aprobado a su entrada en vigor.

Es un esquema de transitoriedad similar al que incorporó la Ley 7/2.002 de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA)<sup>1</sup> cuando apareció; no obstante, el grado de la reforma legislativa que ahora representa la LISTA es de mayor intensidad que el que supuso la LOUA. Ello hace que la regulación del régimen transitorio que incorpora la LISTA sea realmente insuficiente generando importantes incerti-

---

<sup>1</sup> Ver al respecto los comentarios de Olmedo Pérez, Sebastián, sobre el régimen transitorio de la LOUA en páginas 1211-1275 de obra colectiva “Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía”. Thomson-Aranzadi.2004

dumbres<sup>2</sup>. El Reglamento General de la LISTA ha resuelto algunas de estas incertidumbres, pero genera otras tantas.

Pues bien, la LISTA dispone de un régimen de transitoriedad con dos efectos concurrentes que pueden generar conflictos:

i) El efecto de la inmediata y directa aplicación de los contenidos de la LISTA (DT Primera).

ii) El efecto de conservación de la vigencia y ejecutividad de los instrumentos de planeamiento aprobados al momento de entrada en vigor de la LISTA<sup>3</sup>.

Por regla general, el efecto de aplicación inmediata de la LISTA no supone desplazamiento de los contenidos del planeamiento general (ni derivado) vigentes. No obstante, en el caso de que se presenten conflictos, y salvo que se encuentre una interpretación conciliadora, entra en juego el criterio de preferencia por la exigencia de la aplicación inmediata, completa y directa de las disposiciones de la nueva ley, como se deduce del inciso inicial de la DT Segunda LISTA: la conservación de la vigencia de los instrumentos aprobados lo es “*sin perjuicio*” de lo dispuesto en la DT Primera.

Sin embargo, en la regulación transitoria también se producen excepciones de las que resulta que, en determinados supuestos concretos, las determinaciones del planeamiento vigente -hasta tanto sean sustituidas- se mantienen incluso cuando resulten incompatibles con los criterios de ordenación urbanística de la nueva ley.

## II. EL IMPACTO DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LISTA EN LA CLASIFICACIÓN URBANÍSTICA ESTABLECIDA EN EL PLAN VIGENTE

La LISTA para instrumentar la aplicación inmediata del nuevo régimen jurídico que establece ha recurrido unas reglas de equivalencia o de asimilación en materia de clasificación de suelo (y que expresa generalmente bajo la fórmula de “*tener la consideración de*”).

---

<sup>2</sup> Narváez Baena, I; ha puesto de relieve las importantes lagunas interpretativas a las que da lugar el régimen transitorio de la LISTA, “que arrastra la dificultad añadida de haberse socavado el ejercicio de la competencia autonómica *para establecer un sistema de clasificación del suelo que permita un tránsito cierto y claro entre el planeamiento vigente, adaptado a la nomenclatura de la ley derogada, y el nuevo régimen jurídico del suelo*”. Revista Andaluza de Administración Pública núm. 114 (2022), “¿ Es la Ley de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía realmente sostenible?” (págs. 157-225)

<sup>3</sup> La DT Segunda de la LISTA viene a consagrar que todos los instrumentos de planeamiento general y los instrumentos de desarrollo y ejecución que estuviera en vigor (o fueran ejecutivos) en el momento de la entrada en vigor de la LISTA “*conservarán su vigencia y ejecutividad*” hasta su total cumplimiento o ejecución o su sustitución por algunos de los instrumentos de ordenación previstos en la LISTA.

Así, desde la entrada en vigor de la LISTA, pese a mantenerse formalmente las diversas clasificaciones urbanísticas derivadas del planeamiento general aprobado (DT 2<sup>a</sup>), se ha producido un ajuste normativo del régimen jurídico de aplicación al disponer un mecanismo de asimilación o equivalencia “*ope legis*” de las clasificaciones; esta asimilación permite que pueda aplicarse inmediatamente el régimen jurídico establecido en la LISTA (para cada una de las dos clases de suelo que dispone) a los terrenos que conforme al sistema urbanístico anterior contaban con una clasificación diferente.

### **2.1 Los terrenos con la consideración de suelo urbano en el régimen transitorio**

#### **2.1.A. El reconocimiento de la consideración de suelo urbano**

Según la DT Primera de la LISTA (y DT Primera del Reglamento General), desde la entrada en vigor de la nueva ley, “*tendrán la consideración de suelo urbano*”:

- i) los terrenos que cumplan las condiciones del artículo 13 LISTA.
- ii) los terrenos clasificados como suelo urbano por el instrumento de planeamiento general vigente.

Por tanto, teóricamente pueden existir terrenos en el periodo transitorio que:

a) estando clasificados formalmente como suelo urbano en el planeamiento general vigente, sin embargo, no cumplan con las condiciones del artículo 13 de la LISTA.

b) y otros, que pese a no estar clasificados como suelo urbano (por tanto, formalmente clasificados como suelo urbanizable o suelo no urbanizable), cumplan con las condiciones del artículo 13 de la LISTA.

Desde una interpretación literal de la DT Primera de la LISTA y de la DT Primera del Decreto 550/2022, de 29 de noviembre (Reglamento General de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, en adelante RGLISTA), ambos supuestos- es decir tanto, los terrenos que cumplan condiciones del artículo 13 LISTA como los que estén formalmente clasificados como urbano (en el planeamiento general vigente)- tienen, a efectos de la aplicación del régimen transitorio, la consideración de suelo urbano.

La cuestión principal que suscita la aplicación de la DT Primera de la LISTA es dilucidar cuál es el medio jurídico habilitado para realizar la verificación del cumplimiento de las condiciones del artículo 13 de la LISTA y, por tanto, para reconocer o declarar un terreno como suelo urbano cuando en el planeamiento general vigente a fecha de entrada en vigor la LISTA no establecía esta clasificación.

Con carácter general, la verificación de cumplimiento de las condiciones que integran los supuestos de hecho del suelo urbano no puede realizarse por un simple acto administrativo o instrucción de la Administración; en la mayoría de los supuestos precisa de una declaración-reconocimiento que debe realizarse en un concreto instrumento de planeamiento adaptado a la nueva ley (o en expediente de modificación de planeamiento general vigente). En concreto:

a) El reconocimiento de suelo urbano por el criterio de consolidación de la edificación requiere, conforme al artículo 13.1.c) de la LISTA, contar con un ámbito de referencia (para constatar el nivel de ocupación de mínimo 2/3 de los espacios aptos para ello); este ámbito de referencia no puede ser identificado o determinado mediante un simple acto administrativo, sino que lo debe identificar o establecer un instrumento de planeamiento: ordinariamente, el planeamiento general. No obstante, el RGLISTA ha extendido excepcionalmente esta facultad al POU de formulación anticipada.

b) Tampoco es posible realizar una simple declaración administrativa (en forma de acto o de instrucción) para la consideración como suelo urbano de terrenos integrantes de Núcleos Rurales Tradicionales, pues este reconocimiento y delimitación sólo puede realizarse por un PGOM o PBOM, conforme ha determinado el artículo 19.5 del RGLISTA.

c) El criterio del suelo que ha sido urbanizado en ejecución -y de conformidad- con el instrumento de ordenación urbanística (supuesto del apartado 1.a) del artículo 13 LISTA), sí es un claro ejemplo de reconocimiento de suelo urbano de carácter inmediato por mandato de la propia ley a partir de que suceda un concreto acto: *“desde el momento en que se produzca la recepción de las obras de urbanización.”*

d) El mayor grado de incertidumbre sobre el alcance de la DT Primera de la LISTA se presenta con la aplicación del apartado 1.b) del artículo 13 de la LISTA; es decir, los casos de suelos ya transformados por disponer de los elementos básicos de la urbanización.

Es evidente que cuando la transformación urbanística ya ha sido reconocida en el planeamiento ya aprobado (que le ha atribuido esa clasificación de suelo urbano por ser suelo urbanizado), su consideración como suelo urbano en el régimen transitorio es indudable.

En cambio, la gran duda se presenta cuando la transformación urbanística materializada no ha sido legitimada en planeamiento previo. En estos casos (en los que la dotación de la urbanización ni está reconocida ni está amparada en planeamiento aprobado), cabe presumir que estamos en presencia de una ejecución de urbanización en disconformidad con los instrumentos (si fuera conforme, su encuadre sería un supuesto del apartado 1.a)

Pues bien, si es un caso de urbanización ilegal, difícilmente podrá llegar a concluirse que debe reconocerse -en el régimen transitorio- su consideración legal como suelo urbano desde el día 23-12-2021, porque esta conclusión es completamente contraria al criterio del apartado 1.a) del propio artículo 13 LISTA, que exige una ejecución conforme al instrumento aprobado. En otras palabras, llegar a esa conclusión integraría un fraude de ley.

Supuesto distinto, son aquellas obras de urbanización ejecutadas conforme a un instrumento de ordenación aprobado que posteriormente de forma sobrevenida haya perdida eficacia (por nulidad del planeamiento general del que traía su causa). Esta otra obra urbanizadora no es ilegal; se habría realizado conforme a un planeamiento aprobado (sin perjuicio, de la pérdida posterior de eficacia) y, por tanto, debe en este caso singular reconocerse la consideración de suelo urbano, tanto por aplicación del apartado 1.b), como del criterio del apartado 1.a) del artículo 13 de la LISTA.

Por ello, los casos de terrenos ya transformados porque cuenten con los elementos básicos de urbanización pero que hayan sido ejecutados en disconformidad con el instrumento de planeamiento aprobado, no pueden ser beneficiados con un reconocimiento de suelo urbano fundado en un pretendido efecto legal de aplicación automática a partir del día 23-12-2021.

Ya la jurisprudencia ha indicado que no puede predicarse el carácter reglado del suelo urbano (y menos aún, un efecto de automatismo legal) cuando los servicios de que disponen los terrenos tengan su origen en la ilegalidad<sup>4</sup>. En efecto, cuando la presencia en un determinado ámbito territorial de los servicios urbanísticos no obedece a una actividad urbanizadora legitimada por la Administración, sino a una actuación clandestina realizada por un particular, aquélla conserva íntegramente la discrecionalidad inherente a la potestad planificadora, sin que en este caso la realidad física vincule al planificador a la hora de tomar sus decisiones clasificatorias<sup>5</sup>. Desde esta perspectiva se evitaría el peligro de que se perpetúe el urbanismo in-

---

<sup>4</sup> En este sentido, la STS de 11 de julio de 1989 manifestó que “sólo en el caso de que la consecución de esos servicios hubiera tenido lugar de manera subrepticia o fraudulenta queda al arbitrio del planificador municipal clasificar o no de suelo urbano esos terrenos”. Igualmente, la STS de 17 de noviembre de 2003 matiza el carácter reglado del suelo urbano: “las facultades discrecionales que como regla general han de reconocerse al planificador para clasificar el suelo en la forma que estime más conveniente, tienen su límite en el suelo urbano, pues necesariamente ha de reconocerse esa categoría a los terrenos que hallándose en la malla urbana, por haber llegado a ellos la acción urbanizadora, dispongan de servicios urbanísticos (...) con las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir, o se hallen comprendidos en áreas consolidadas por la edificación, salvo que la existencia de tales servicios o la consolidación de la edificación hayan tenido su origen en infracciones urbanísticas y aun le sea posible a la Administración imponer las medidas de restauración del orden urbanístico infringido”. Doctrina ratificada por la posterior STS de 27 de abril de 2004.

<sup>5</sup> Latorre Hernández, Manuel. “Los criterios de clasificación del suelo urbano en la normativa urbanística estatal y en la autonómica valenciana: ¿divergencia o compatibilidad?” El Consultor, N.º. 10, 2003, págs. 1830-1841.

formal<sup>6</sup> en Andalucía pues la incorporación como suelo urbano de los que hayan sido transformados urbanísticamente contraviniendo las determinaciones del planeamiento vigente, no sería automática y precisaría de una evaluación de la Administración de su capacidad de integración.

Por tanto, no es posible realizar una simple declaración administrativa (en forma de acto o de instrucción) para la consideración desde el día 23-12-2021 como suelos urbanos a terrenos que hayan alcanzado el nivel de consolidación de la edificación (exigido en el artículo 13.1.c) de la LISTA) o el nivel de consolidación de la urbanización (del apartado 1.b) del mismo artículo), en contradicción con los instrumentos de planeamiento aprobado.

El reconocimiento del carácter de suelo urbano en los casos en que la consolidación de la urbanización o de la edificación se ha alcanzado de forma no reglada debe realizarse por el instrumento de planeamiento adecuado para ello, el cual, además de constatar la presencia de esos niveles de consolidación, debe apreciar la concurrencia del requisito de integración en malla urbana. En último extremo, además de la verificación de los niveles de consolidación, el reconocimiento del carácter de suelo urbano dependerá de un juicio de valor de la Administración respecto a su capacidad de integración urbana (como se deduce del artículo 176 de la LISTA y 415 del RGLISTA). También el Reglamento asume esta tesis en el artículo 23.5 al admitir que la integración de las agrupaciones de edificaciones irregulares, como asentamientos, únicamente podrá producirse *“a través de los instrumentos de ordenación urbanística cuando sean compatibles con su modelo territorial y urbanístico”*.

De otra parte, hay que reconocer que el RGLISTA ha dispuesto de un régimen flexible al habilitar diversas opciones de instrumentos que pueden reconocer la clasificación (o la consideración) de suelo urbano, incluso sin necesidad de esperar a la formulación del planeamiento general adaptado a la LISTA.

Así, el RGLISTA posibilita que el reconocimiento como suelo urbano, tanto por apreciación del criterio de consolidación de la urbanización como por el de consolidación de la edificación, se pueda realizar por cualquiera de los siguientes tres instrumentos:

a) Con carácter ordinario, mediante la formulación y aprobación del nuevo instrumento de ordenación general adaptado a la LISTA (PGOM/PBOM).

b) Alternativamente, mediante un POU (de formulación anticipada al PGOM) al que el Reglamento General (como se deduce del artículo 18.2 RGLISTA) le ha

---

<sup>6</sup> El riesgo de que con la LISTA se puede perpetuar el urbanismo informal en Andalucía es alertado por Narváz Baena, I en el artículo antes citado en la nota 2 de la RAAP nº114 (2022: págs. 157-225) al considerar que facilita la incorporación como suelo urbano de los desarrollos irregulares.

atribuido la facultad de delimitar su ámbito de ordenación incluyendo también terrenos que, no contando con la clasificación formal de suelo urbano en el planeamiento vigente, sin embargo, cumplan las condiciones del artículo 13 de la LISTA.

c) Alternativamente, como se deduce de la DT Tercera.5 del RGLISTA, el reconocimiento del carácter de suelo urbano de terrenos que cumplan con las condiciones de alguno de los diversos supuestos de hecho definidos en el artículo 13 de la LISTA (y el establecimiento de su ordenación detallada), puede realizarse mediante una modificación del planeamiento general.

No obstante, esta última posibilidad sólo es viable activarla cuando los terrenos tengan con carácter previo la clasificación de suelo urbanizable o apto para urbanizar. Debe entenderse que no puede incoarse una modificación de planeamiento general para reconocer como suelo urbano alguna agrupación de edificaciones irregulares implantadas en suelo en el planeamiento vigente con clasificación de no urbanizable, porque los ámbitos de este tipo de agrupaciones que pretendan integrarse en el planeamiento -por cumplir los requisitos del artículo 13 de la LISTA- deben quedar sometidos al régimen de actuaciones de transformación urbanística (como exige el artículo 176.4 de la LISTA). Por tanto, en la medida que sería una modificación del planeamiento general para constituir un ámbito de actuación de transformación en terrenos en origen con la clasificación de suelo no urbanizable, debe concluirse que esta opción queda impedida por la DT Segunda.3 de la LISTA (que prohíbe este tipo de modificaciones hasta que se haya procedido a la sustitución del planeamiento general).

No obstante, aquellos expedientes de modificación del PGOU ya iniciados (con el primer acuerdo exigido por la legislación urbanística y con la solicitud de inicio del procedimiento de evaluación ambiental estratégico) al momento de entrada en vigor de la LISTA que tengan por objeto la alteración de la clasificación de SNU para su reconocimiento como urbano por consolidación de la edificación podrán continuar su tramitación, en aplicación de la DT Tercera de la LISTA.

Debe considerarse que los terrenos actualmente clasificados formalmente como suelo urbano (en el planeamiento general aprobado a la entrada en vigor de la LISTA) y que ahora tienen transitoriamente la consideración legal (a efectos de la aplicación del régimen de la LISTA) de suelo urbano, pero que no cumplen sustantivamente con las condiciones del artículo 13 de la LISTA, deberán, en el momento de formularse el planeamiento general (PGOM o PBOM), pasar a contar con una clasificación de suelo rústico, sujetándose a partir de entonces a este régimen.

### **2.1.B. Régimen de las diversas situaciones en que se encuentran los terrenos con la consideración de suelo urbano en régimen transitorio**

De una lectura sistemática de la DT Primera de la LISTA y de la DT Primera y Segunda del RGLISTA, se deduce que en suelo urbano se pueden dar diversas situaciones:

Situación Primera: parcela de suelo urbano con la categoría de consolidado por la urbanización reconocida en el planeamiento general vigente.

Las actuaciones edificatorias solo pueden ser desarrolladas de modo inmediato cuando los terrenos tengan la consideración de suelo urbano con la condición de solar (por tanto, con la categoría de consolidado, según legislación anterior) y dispongan de determinaciones de ordenación pormenorizada establecidas por el planeamiento general o derivado vigente.

En la hipótesis de que no cuente con la condición de solar, el artículo 281 apartado 2.b) del RGLISTA precisa que la edificación requiere “la previa ejecución de las obras de urbanización (...) o, en su caso, el cumplimiento de los requisitos y garantías para simultanear aquellas y las de edificación”.

En el mismo sentido, el artículo 19.7 del RGLISTA dispone que *“las parcelas de suelo urbano que no tengan la condición de solar sólo adquirirán dicha condición cuando se hayan ejecutado las obras de urbanización exigibles, incluidas las de conexión con las redes públicas de infraestructuras y su ampliación o refuerzo cuando fuera necesario, y cuando se hayan cumplido con los restantes deberes de la actuación de transformación urbanística en la que estuvieran incluidos los terrenos, en su caso.”*

De otra parte, también es requisito necesario para la edificación contar con ordenación detallada establecida (artículo 281.2.a) del Reglamento).

Según la DT Primera, apartado 1 del RGLISTA, las actuaciones edificatorias en los terrenos de suelo urbano que tengan la condición de solar *“se regirán por las determinaciones de la ordenación pormenorizada establecidas en los instrumentos de planeamiento vigentes”*.

En consecuencia, las actuaciones edificatorias en parcelas con la condición de solar (suelo en situación básica de suelo urbanizado, según el TRLSRU 2015 o categoría de urbano consolidado por la urbanización en la LOUA) y que cuenten con ordenación completamente establecida, se ajustarán a los parámetros establecidos en la ordenación pormenorizada del planeamiento vigente; de modo que no se produce desplazamiento alguno de los contenidos sustantivos del planeamiento general.

En caso contrario, la DT Primera.<sup>1</sup> RGLISTA establece que el suelo urbano con la condición de solar “*cuando los terrenos no cuenten con dicha ordenación*” (la pormenorizada), para legitimar la actividad de ejecución “*se requerirá de la aprobación del instrumento que establezca la ordenación detallada*”.

Situación Segunda: áreas o sectores de suelo urbano que tienen en el planeamiento vigente la categoría de no consolidado por la urbanización y con ordenación pormenorizada establecida.

Según la DT Primera. a). 2<sup>a</sup> de la LISTA los terrenos de suelo urbano no consolidado del planeamiento general vigente (porque en la LISTA no existe esta categorización) quedan sujetos al régimen de promoción de las actuaciones de transformación delimitadas sobre suelo urbano (“o en su caso, el de las actuaciones urbanísticas”, en la hipótesis de actuaciones urbanizadoras de suelos públicos no incluidos en unidades de ejecución).

Y, por aplicación de la DT Segunda de la LISTA, la actuación de transformación urbanística (ATU) queda vinculada a las determinaciones de la ordenación pormenorizada establecidas en el instrumento de planeamiento vigente aprobado que ordena el área o sector de suelo urbano.

Situación Tercera: área o sector de suelo urbano (no consolidado por la urbanización) reconocido en el planeamiento general vigente sin ordenación detallada

La DT Segunda apartado 1 del RGLISTA dispone que en los ámbitos de suelo urbano no consolidado previstos en el planeamiento general vigente quedan sujetos al régimen de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística o, en su caso, el de las actuaciones urbanísticas y que cuando estos ámbitos no cuenten con ordenación pormenorizada aprobada, “*su ordenación corresponderá al instrumento de ordenación urbanística detallada de la actuación de transformación urbanística correspondiente, sin necesidad de tramitar una propuesta de delimitación previa*”.

Esta DT 2<sup>a</sup> del Reglamento General establece unas reglas para la conformación y tramitación del instrumento de ordenación detallada que serán analizadas posteriormente (con ocasión del estudio del suelo urbanizable sectorizado, por ser idénticas).

Por tanto, los ámbitos de sectores y áreas de reforma interior del suelo urbano delimitados en el planeamiento general vigente:

a) no precisan tramitar propuesta de delimitación previa de actuación de transformación (la delimitación del área o sector de suelo urbano no consolidado por el PGOU queda homologada) y

b) en el caso de que no cuenten con ordenación detallada (tanto si se trata de sectores como de áreas de reforma interior), el instrumento que debe ordenar detalladamente es un Plan de Reforma Interior. Y ello porque tanto las actuaciones de transformación en vacíos urbanos como las intervenciones de reforma o renovación, se consideran actuaciones de reforma interior (art.48.3, 89.3 y 55.2 RGLISTA), debiendo ya la formulación de los instrumentos que inicien su formulación adoptarse a los instrumentos propios de la LISTA (DT Primera)<sup>7</sup>.

Como se verá, el Plan de Reforma Interior que establezca la ordenación detallada de ámbitos de suelo urbano no consolidado debe ajustarse al “*marco determinaciones de la ordenación estructural y de la ordenación pormenorizada preceptiva*” que disponga el planeamiento general aprobado.

Situación Cuarta: ámbitos con la consideración de suelo urbano (por aplicación de la DT Primera LISTA) que carecen de determinaciones pormenorizadas.

Esta cuarta situación ha pretendido ser resuelta en el apartado 5 de la DT Tercera del RGLISTA mediante el recurso a una modificación del planeamiento general vigente:

*“5. La ordenación urbanística de los terrenos que, conforme a la disposición transitoria primera de la Ley, tengan la condición de suelo urbano y que no cuenten con ordenación pormenorizada, deberá establecerse a través de una modificación del instrumento de planeamiento general con la finalidad de establecer las determinaciones propias de este nivel de ordenación y, en su caso, la definición de una actuación de transformación urbanística”.*

Es preciso clarificar que este precepto debe ser interpretado en armonía tanto con la regulación de la DT Primera 1 como de la DT Segunda.1 del propio Reglamento y no de forma literal (si así se hiciera, se llegaría a concluir que cualquier ausencia de ordenación pormenorizada en suelo urbano precisaría de una modificación de planeamiento general, incluso de ámbitos ya reconocidos y que no tuvieran aprobado el planeamiento derivado previsto). Como se ha expuesto, en la regulación transitoria el establecimiento de la ordenación detallada de los casos de suelo urbano reconocidos en planeamiento general sin ordenación pormenorizada debe realizarse mediante la aprobación del correspondiente instrumento de ordenación detallada ajustado a los criterios del planeamiento general aprobado (como se deduce de la DT Primera de la LISTA y del Reglamento tanto en la DT Primera.1 para los terrenos con la condición de solar en suelo urbano consolidado como en la DT Segunda apartado 1 del RGLISTA para el suelo urbano no consolidado).

---

<sup>7</sup> En el régimen establecido en la LISTA no hay actuaciones de nueva urbanización en suelo urbano; los vacíos urbanos que se encuentra en el interior del perímetro o en sus bordes, cuando deban ser objeto de completación de la urbanización recibirán el tratamiento de actuación de reforma interior.

Por ello, cabe interpretar que el apartado 5 de la DT Tercera del Reglamento únicamente viene a exigir la modificación del planeamiento general en los casos en los que el suelo que deba tener la consideración de urbano no cuente con las determinaciones de ordenación detallada propias de esta clase de suelo, por la sencilla razón de que en el planeamiento general vigente no contaba con este reconocimiento formal; de modo que esa modificación del plan es necesaria para establecer las determinaciones tanto del nivel de ordenación general como las de la ordenación detallada y, en su caso, la definición de una ATU. Evidentemente, esta modificación del planeamiento general no sólo tendrá por objeto el establecimiento de la ordenación sino también el reconocimiento del suelo urbano.

Sin embargo, no puede incoarse una modificación de planeamiento general para reconocer como suelo urbano ámbitos, que pese a cumplir las condiciones del artículo 13 de la LISTA, que se encuentren localizados en suelo con clasificación formal de no urbanizable en el planeamiento general vigente. Y ello, por el juego conjunto del artículo 176.4 (que exige que los ámbitos de agrupaciones de edificaciones irregulares que se pretendan incorporar al planeamiento queden integrados en actuaciones de transformación) y la DT Segunda.3 de la LISTA que prohíbe modificaciones del planeamiento general vigente que delimiten ATU en suelo no urbanizable hasta la sustitución de aquel por un PGOM O PBOM.

En consecuencia, la posibilidad de formular un expediente de modificación puntual para establecer la ordenación pormenorizada de ámbitos con la consideración de suelo urbano (aplicación de la DT 1ª LISTA) que carecieran de esta ordenación, debe entenderse que sólo es posible ejercitarlas cuando los terrenos tengan con carácter previo la clasificación de suelo urbanizable (sectorizados o no sectorizados) o apto para urbanizar y cuenten con el grado de consolidación de la edificación exigido en el artículo 12.1.c) de la LISTA.

De otra parte, se presenta una alternativa a la vía de la modificación del PGOU: el RGLISTA en el régimen ordinario (es decir, al margen del régimen de transitoriedad) ha previsto en el artículo 18.2 que los POU anticipados (los que se formulen “en ausencia” del PGOM) incorporen “en su ámbito de ordenación” *“los suelos urbanos que cumplan con las condiciones que se establecen en el artículo 13 de la Ley para esta clase de suelo”*. Evidentemente, al incorporarlos, puede establecer la ordenación detallada completa de ellos o la mínima exigida para el POU remitiendo el resto para su formulación por Plan Especial desarrollo u otro instrumento de ordenación complementaria).

## 2.2. El suelo clasificado como urbanizable en el planeamiento general.

En el régimen implantado por la LISTA sólo existen dos clases de suelo: el urbano y el rústico (artículo 12). Y una vez definido en su artículo 13 los terrenos que se

integran en la clase de suelo urbano, el artículo 14 viene a consagrar que el resto de los terrenos tienen la clasificación de suelo rústico.

Para posibilitar la aplicabilidad inmediata de su régimen jurídico la LISTA dispone en la DT Primera. a).1ª) de la LISTA la siguiente regla de equivalencia (después de definir los terrenos que tienen la consideración de urbano): *“El resto de los terrenos tendrán la condición de suelo rústico con la categoría que le corresponda según lo dispuesto en el artículo 14”*

Por tanto, lo que no es suelo urbano, tiene la condición de suelo rústico con la categoría que corresponda según el artículo 14 LISTA; artículo que en su apartado l.c) dispone la categoría residual de suelo rústico común; en concreto dispone que integran el suelo rústico *“los terrenos que se deban incluir en alguna o algunas de las siguientes categorías: (...).c) Suelo rústico común, que incluye el resto del suelo rústico del término”*.

En consecuencia, el suelo urbanizable (sectorizado o no sectorizado) del planeamiento general aprobado mantiene esta clasificación de urbanizable, si bien, automáticamente pasa a tener la consideración de suelo rústico, en la categoría (residual) de común para la aplicación del régimen jurídico que prevé la LISTA.

No obstante, una lectura más pausada pone de relieve que existen diversas situaciones relacionadas con las categorías de suelo urbanizable previstas en la LOUA y que dependiendo de su grado de ejecución, se deriva en cada caso un régimen jurídico específico y, en su caso, incluso una consideración diferenciada.

En concreto, las situaciones del suelo urbanizable del planeamiento general vigente que pueden presentarse en el régimen transitorio son:

1ª) Situación Primera: suelo urbanizable ordenado con ejecución finalizada y recepcionada.

El suelo urbanizable ordenado en PGOU aprobado o el suelo urbanizable sectorizado que tenga la ordenación detallada (por tener Plan Parcial aprobado) en la hipótesis de que se encuentre ejecutado y recepcionado, tendrá la consideración de suelo urbano (en situación básica de urbanizado) por aplicación de la DT Primera apartado a).1ª) de la LISTA, en relación con el artículo 13.1.a) y queda sometido a la ordenación pormenorizada establecida en el instrumento aprobado vigente que se conserva (sea el planeamiento general, de forma directa, y, en su caso, el Plan Parcial), conforme a la DT Segunda de la LISTA.

2ª) Situación Segunda: suelo urbanizable ordenado sin iniciar o finalizar la ejecución.

Los ámbitos de suelo urbanizable ya ordenados, sin iniciar la ejecución o iniciada y no finalizada:

- tienen la consideración de suelo rústico común (DT Primera, a.1<sup>a</sup>) LISTA)
- quedan sometidos inmediatamente al régimen de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística
- no precisan tramitar previa propuesta de delimitación de actuación de transformación (DT Primera, a.2<sup>a</sup> de la LISTA)
- quedan vinculados a la ordenación pormenorizada establecida en el instrumento de planeamiento aprobado vigente que se conserva y es ejecutivo (DT Segunda LISTA). Evidentemente, el suelo urbanizable (ordenado) que cuente con ordenación pormenorizada establecida en Plan Parcial aprobado, debe ajustar su desarrollo no sólo a las determinaciones del planeamiento general vigente, sino también a las propias del Plan Parcial.
- si no cuenta con los preceptivos instrumentos de gestión aprobados para el inicio de la actividad de ejecución material, el régimen jurídico aplicable en esta situación es el siguiente:

- i) considerando que la aprobación de la ordenación detallada debe incorporar la delimitación de la unidad de actuación (artículo 204.1 RGLISTA), quedan suspendida el otorgamiento de licencias hasta la firmeza en vía administrativa del proyecto de reparcelación (artículo 207 del RLISTA).
- ii) quedan habilitadas las operaciones jurídicas que faciliten la ejecución (artículo 207 RGLISTA).
- iii) también, la realización de usos y obras provisionales compatibles (artículo 84.2.c LISTA)
- iv) y la ejecución anticipada de sistemas generales o locales que sean áreas funcionales de utilización separable (artículo 188.3 y 193 RGLISTA).

3<sup>a</sup>) Situación Tercera: suelo urbanizable sectorizado (sin ordenación detallada).

Según la DT Primera a). 3<sup>a</sup> de la LISTA los ámbitos de suelo urbanizable ordenado o sectorizado podrán desarrollarse conforme a las determinaciones contenidas en el planeamiento general vigente y tendrán el régimen que se establece para la promoción de las actuaciones de transformación urbanística de nueva urbanización, “considerando que las mismas se encuentran delimitadas”.

En los ámbitos de suelo urbanizable sectorizado -sin ordenación pormenorizada aprobada- se aplican las mismas reglas establecidas por el RGLISTA para el suelo urbano no consolidado que tampoco cuente con dicha ordenación. Así, la DT Segunda apartado 1 del Reglamento establece que en estos que no cuenten con orde-

nación pormenorizada aprobada, “su ordenación corresponderá al instrumento de ordenación urbanística detallada de la actuación de transformación urbanística correspondiente (...)”.

Por tanto, conforme a la DT Primera a).1ª de la Ley y DT 2ª.1 RGLISTA, los ámbitos de suelo urbanizable sectorizados previstos en el planeamiento general vigente:

- i) tienen la consideración de suelo rústico común (apartado a).1ª DT Primera LISTA).
- ii) quedan sometidos al régimen de promoción de actuaciones de nueva urbanización (apartado a). 3ª DT Primera LISTA); en ningún caso, podrá tener la consideración de simples actuaciones urbanísticas.
- iii) no precisan tramitar previa propuesta de delimitación de ATU, para la formulación del Plan Parcial; se considera ya delimitada la actuación de nueva urbanización con la delimitación del sector que hace el PGOU (apartado a).3ª DT Primera LISTA).
- iv) la ordenación detallada deberá ser establecida por el Plan Parcial (DT 2ª.1 RGLISTA)
- v) su desarrollo se realiza “conforme a las determinaciones del planeamiento general vigente” (apartado a). 3ª DT Primera LISTA).

Es decir, los ámbitos de suelo urbanizable sectorizado (y los sectores de suelo apto para urbanizar) del planeamiento general aprobado, pese a su consideración de suelo rústico, son ámbitos de ATU ya delimitados y que se encuentran sometidos al régimen de actuaciones de nueva urbanización, si bien al carecer de ordenación detallada, precisan la formulación y aprobación de un Plan Parcial.

Hasta tanto entre en vigor el Plan Parcial, los terrenos incluidos en los sectores de suelo urbanizable quedan sometidos al régimen jurídico aplicable al suelo rústico en la categoría de común (Capítulo III del Título I de la LISTA).

De una primera lectura del RGLISTA (artículo 30, en relación con el 34.2) puede considerarse que en estos casos (de suelo urbanizable sectorizado sin Plan Parcial), se pueden autorizar las actuaciones extraordinarias admitidas en suelo rústico común (porque es el régimen jurídico ordinario que se impone en esta categoría) pero al pretender implantarse “en ámbitos de transformación previstos en los instrumentos de ordenación” (como es el caso de los sectores de suelo urbanizable sectorizados por efecto de la DT Primera de la LISTA), estarán sometidas a plazo (rompiendo la regla general de duración ilimitada), conforme prevé el artículo 34.2 de la RGLISTA.

No obstante, el artículo 282 del RGLISTA ha reducido las posibilidades de implantación de actuaciones extraordinarias en “suelo sometido a actuaciones de transformación urbanísticas delimitadas” en la que sólo podrán autorizarse las construcciones, obras e instalaciones correspondientes a infraestructuras y servicios públicos, así como las obras e instalaciones de naturaleza provisional.

#### 4ª) Situación Cuarta: suelo urbanizable no sectorizado

Según la DT Primera a).4ª de la LISTA (desarrollada en la DT Segunda.2 del RGLISTA) los ámbitos de suelo urbanizable no sectorizado “*podrán desarrollarse conforme a los criterios y directrices establecidos en el planeamiento general vigente para proceder a su sectorización y requerirán, (...) de la aprobación de las correspondientes propuestas de delimitación de actuaciones de transformación urbanística*”.

Por tanto, el SUNS requiere para su desarrollo, previa propuesta de delimitación de actuación de nueva urbanización y, posteriormente, Plan Parcial.

Hasta tanto entre en vigor el Plan Parcial, los terrenos quedan sometidos al régimen jurídico aplicable al suelo rústico en la categoría de común que se regula en el Capítulo III del Título I de la LISTA. Hasta que no cuente con Plan Parcial, se pueden autorizar actuaciones extraordinarias de actividades o usos de interés social conforme a su régimen de suelo rústico común; autorizaciones que no van a quedar restringida ni están sometidas a plazo en la medida que no es un ámbito todavía sometido a actuación de transformación ni esta está delimitada (interpretación a sensu contrario del artículo 282 del RGLISTA).

#### 2.3. El suelo clasificado como suelo no urbanizable en el planeamiento general.

La LISTA en la DT Primera. a), inciso final establece una asimilación simple y de la que se deduce que el suelo no urbanizable tendrá “*la consideración de suelo rústico, con la categoría que le corresponda según lo dispuesto en el artículo 14.*”

El Reglamento General ha desarrollado esta materia, estableciendo con carácter supletorio (hasta el momento de la aprobación del PGOM o PBOM) unas reglas de equivalencia de las diversas categorías de suelo no urbanizable del planeamiento general aprobado con respecto a las categorías de suelo rústico configuradas en el artículo 14 de la LISTA a los efectos de habilitar la inmediata aplicación del nuevo régimen jurídico de esta clase de suelo.

La DT Primera.2 del RGLISTA (desarrollo de la DT Primera LISTA) establece:

*“2. El resto de los terrenos tendrán la condición de suelo rústico con la categoría que le corresponda según lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley. Hasta la aprobación del*

*Plan General de Ordenación Municipal o, en su caso, del Plan Básico de Ordenación Municipal que sustituya al instrumento de planeamiento general, las categorías de suelo rústico se entenderán establecidas como sigue:*

*“a) Suelo rústico especialmente protegido por legislación sectorial: el categorizado como suelo no urbanizable de especial protección por legislación específica (...).*

*b) Suelo rústico preservado por la existencia acreditada de procesos naturales o actividades antrópicas susceptibles de generar riesgos: el categorizado como suelo no urbanizable de especial protección por presentar riesgos ciertos, (...).*

*c) Suelo rústico preservado por la ordenación territorial y urbanística: el categorizado como suelo no urbanizable de especial protección por la planificación territorial y urbanística (...). Cuando el instrumento de planeamiento general no estuviera adaptado a las determinaciones del instrumento de planificación subregional (...), se considerarán suelos preservados por la ordenación territorial los terrenos que en estos instrumentos se preserven de su transformación mediante la urbanización (...).*

*d) Suelo rústico común: el categorizado como suelo no urbanizable de carácter natural o rural, conforme a lo establecido en la ley 7/2002, de 17 de diciembre.*

*e) Los terrenos categorizados como suelo no urbanizable del hábitat rural diseminado, conforme a lo establecido en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, se considerarán ámbitos de hábitat rural diseminado delimitados conforme al artículo 23 de la Ley”*

Como puede comprobarse el RGLISTA ha realizado una asimilación del suelo categorizado como no urbanizable (SNU) de carácter natural o rural conforme a la LOUA a la categoría de suelo rústico común.

Si bien esta asimilación del SNU de carácter rural o natural puede aceptarse sin mayor dificultad en el periodo transitorio (en el que aún no existe planeamiento general adaptado a la LISTA), sin embargo, tal equivalencia no puede realizarse de manera simplista en el régimen ordinario, porque realmente existen diferencias sustantivas.

Basta recordar que en el artículo 46. 1.k) de la LOUA se identificaba como suelo no urbanizable (ordinariamente adscrito a la categoría de rural o natural) el que era improcedente su transformación “*teniendo en cuenta razones de sostenibilidad, racionalidad y las condiciones estructurales del municipio*”. Y ahora, sin embargo, estas razones se vinculan a la categoría de suelo rústico preservado por la ordenación territorial o urbanística; así, el artículo 14.1.c) de la LISTA incluye en esta categoría los terrenos cuya transformación mediante la urbanización “*se considere, por los instrumentos de ordenación territorial o urbanística, incompatible con la consecución de los fines y objetivos establecidos*

*en dichos instrumentos por razones de sostenibilidad, protección de los recursos culturales, racionalidad y viabilidad (...)*”.

En el periodo de transitoriedad no presenta mayor problemática la citada asimilación porque hasta la aprobación del nuevo planeamiento general adaptado a la LISTA, queda suspendido cualquier intento de delimitación de actuaciones de transformación en el suelo considerado como rústico común.

Para la aplicación del régimen de actuaciones extraordinarias en suelo rústico que se establece en la LISTA no es necesario contar con instrumento de planeamiento general adaptado, sino que el artículo 22 de la LISTA reconoce que el mismo se aplica tanto en *“municipios que cuenten con instrumento de ordenación urbanística general o en ausencia de este”*.

El Reglamento ha subrayado el efecto de aplicación inmediata y prevalente del nuevo régimen jurídico sobre usos y actividades en suelo rústico. Así, el apartado 4 del artículo 21 del RGLISTA (que tiene unos claros efectos de transitoriedad) establece:

*“Las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística vigentes se aplicarán en lo que no contradigan al régimen de los usos y actividades en suelo rústico que se establece en el Capítulo III. Los parámetros y las condiciones establecidas en el mismo podrán modularse justificadamente por los instrumentos de ordenación territorial que (...) podrán establecer una regulación más o menos restrictiva. También podrán modularse por los instrumentos de ordenación urbanística, (...) los parámetros y condiciones establecidos en los artículos 28 y 29.”*

De esta forma se pretende imponer la regulación de usos y actividades establecidas en el Capítulo III del Título I del RGLISTA y supone el desplazamiento de aquellos contenidos del planeamiento vigente que se opongan al mismo; de modo que sólo subsistirán las determinaciones del planeamiento vigente en suelo rústico que no contradigan al régimen establecido en el RGLISTA para usos y actividades.

De la redacción dada por el artículo 21.4 del Reglamento parece que el planeamiento urbanístico (a formular en el futuro) sólo podría modular los parámetros y condiciones de las actuaciones ordinarias vinculadas a la utilización racional de los recursos (artículo 28) y la regulación de las edificaciones residenciales para el desarrollo de los usos ordinarios (artículo 29); pero que no podría modular las actuaciones extraordinarias (reguladas en el artículo 30 a 35), porque no se incluyen estos preceptos en el apartado 4 del citado artículo 21 del RGLISTA. No obstante, de la LISTA claramente se deduce que el planeamiento urbanístico podrá modular ese régimen, incluso disponiendo la prohibición de implantación de concretos usos que pudieran ser considerados de interés social en determinadas categorías de suelo.

Las prescripciones incorporadas en el planeamiento general (no adaptado) sobre incompatibilidad de usos no pueden ser desconocidas<sup>8</sup>:

- i) De una parte, con carácter general, el artículo 20.a) de la LISTA establece como condición necesaria en suelo rústico para autorizar actuaciones (ordinarias o extraordinarias) consistentes en actos de segregación, edificación, construcción, obras, instalaciones, infraestructuras o uso del suelo que sean *“compatibles con el régimen del suelo rústico, con la ordenación territorial y urbanística, y la legislación y planificación sectorial que resulte de aplicación”*.
- ii) Y de otra, el artículo 22 de la LISTA establece que podrán implantarse con carácter extraordinario usos y actuaciones de interés público o social que contribuyan a la ordenación y desarrollo del medio rural o que hayan de emplazarse en esta clase de suelo *“siempre que no estén expresamente prohibidas”* (además de por la legislación) por la ordenación territorial y urbanística y *“respeten el régimen de protección”* que sea de aplicación. Por tanto, si en el planeamiento vigente la actividad pretendida es un uso prohibido en la zona, ahora también seguirá siendo imposible la implantación del uso.

El análisis de compatibilidad que ahora hay que realizar tiene un alcance más reducido que el que se hacía en el régimen de la LOUA: ahora basta constatar que se trate de usos o actividades que no estén expresamente prohibido en el planeamiento, en cuyo caso, se consideran compatibles los usos y actuaciones de interés público o social (artículo 22.1 LISTA). Esta regla es generalizada en el artículo 22.a) del RGLISTA en el que se establece la presunción de que *“se consideran compatibles con la ordenación los usos y actuaciones que no estén expresamente prohibidos”*

Este requisito de verificación de no contradicción con la ordenación urbanística también debe ser exigible (además de las otras condiciones generales de no inducción a formación de nuevo asentamiento, de proporcionalidad y adecuación al entorno) para autorizar viviendas unifamiliares no vinculadas (ni a usos ordinarios ni a usos extraordinarios) que ahora se admiten en el artículo 22.2 inciso final de la LISTA. Para este tipo de actuación además de los requisitos generales es necesario acreditar que no impiden el normal desarrollo de los usos ordinarios del suelo rústico.

---

<sup>8</sup> M<sup>a</sup> Ángeles González Bustos, subraya que, en el suelo rústico, *“cualquier actuación que se quiera realizar en el mismo (segregación, edificación, construcción, obras, instalaciones, infraestructuras...) deberá ser compatible con la ordenación que resulte de aplicación”*. “Desarrollo sostenible del territorio y mundo rural. La incidencia de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio en Andalucía”. Revista Andaluza de Administración Pública núm. 114 (2022), páginas 125-155.

### III. LA IMPLEMENTACIÓN DE INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN DETALLADA DE LA LISTA SIN NECESIDAD DE ADAPTACIÓN DEL PLANEAMIENTO GENERAL

La LISTA -aun sin necesidad de imponer la adaptación forzosa de los instrumentos vigentes y posibilitando la conservación del planeamiento aprobado a su entrada en vigor- permite y fomenta que puedan activarse inmediatamente los instrumentos de ordenación detallada que integran el nuevo sistema de planificación.

Ello es así por un doble motivo:

- a) Por la configuración de un nuevo sistema de planificación en el que el modelo clásico piramidal y en cascada de producción de los instrumentos de ordenación queda diluido, posibilitando que los instrumentos de ordenación detallada cuenten con mayor nivel de autonomía; de modo que su activación puede realizarse de forma separada sin tener porqué estar completo el sistema de planificación y ni tan siquiera aprobados sus instrumentos principales.
- b) Y, al tiempo, por disponer de un régimen de transitoriedad muy dinámico que permite la utilización selectiva de instrumentos de ordenación detallada sin que la ordenación general del municipio esté revisada y adaptada a la LISTA; estableciendo la DT Primera de la LISTA una aplicación íntegra (teóricamente, sin excepciones), inmediata (desde el 23-12-2021) y directa (sin necesidad de adaptación del planeamiento general) de los contenidos de la Ley 7/2021.

Así el régimen ordinario o transitorio permite de forma inmediata:

- 1º) formular Planes de Ordenación Urbana sin planeamiento general adaptado a la LISTA; es decir, sin previo PGOM (artículo 66.3 LISTA). Esta habilitación es de especial trascendencia, porque va a posibilitar la inmediata implementación de un instrumento de ordenación detallada “cualificado” en suelo urbano, el POU que va a asumir un conjunto amplio de funciones; entre ellas algunas de las que en el régimen de la LOUA pertenecían al nivel de ordenación estructural que debía establecer el PGOU.
- 2º) formular Planes Parciales en sectores de suelo urbanizable de planeamiento general vigente vinculado a legislación urbanística anterior (DT Primera a) 3ª LISTA).
- 3º) formular Planes Parciales previa delimitación de ATU en ámbitos de suelo urbanizable no sectorizado de PGOU vigentes (DT Primera a) 4ª LISTA).

4º) formular Planes de Reforma Interior (PRI) sin PGOM ni POU (o sin PBOM):

4º.1. en ámbitos de áreas de reforma interior o de sectores de suelo urbano ya previstos en el planeamiento general aprobado (DT Primera a) 3ª LISTA).

4º.2. incorporación de nuevas actuaciones de reforma interior no previstas en el planeamiento general aprobado (DT Segunda.3 LISTA).

5º) formular Estudios de Ordenación sin POU y sin PGOM o, bien, PBOM para la incorporación de actuación de transformación de mejora urbana no prevista (DT Segunda.3 LISTA).

6º) formular Estudios de Detalle previstos o no en el planeamiento aprobado (artículo 71 LISTA).

7º) modificar los instrumentos de planeamientos vigentes (DT Segunda apartado 3 de la LISTA y DT Tercera RGLISTA).

No obstante, se establecen restricciones -sometidas condición- a la capacidad de incorporación de actuaciones de nueva urbanización no previstas hasta que el municipio se dote del instrumento de ordenación general adaptado a la LISTA que sustituya al planeamiento general aprobado. Por ello:

a) Conforme a la DT Segunda.3 LISTA no se puede ejercitar la facultad de presentar iniciativa (propuesta) de delimitación de actuación de nueva urbanización ni formular Planes Parciales en suelo con la consideración (transitoria) de rústico común que provenga del suelo no urbanizable sin previa aprobación de planeamiento general adaptado a la LISTA (PGOM o PBOM).

b) Y no se puede modificar el planeamiento general vigente para habilitar actuaciones de transformación en suelo no urbanizable (SNU) hasta que se proceda a su sustitución por el instrumento de ordenación general de la LISTA que corresponda (DT Tercera.2 RGLISTA).

De este análisis se derivan dos importantes consideraciones jurídicas:

1ª) En estos casos se produce una excepción al efecto de aplicación íntegra, inmediata y directa de los contenidos normativos de la LISTA que se deriva de su DT Primera: la facultad de delimitación de actuaciones de nueva urbanización en el suelo asimilado al rústico común transitorio (es decir, el que proviene del SNU del planeamiento general no adaptado a la LISTA) está suspendida hasta la sustitución del PGOU por el PGOM o PBOM.

No obstante, el RGLISTA incorpora en su DT Tercera.2 una excepción a esta excepción, al posibilitar incorporar una modificación del planeamiento

general vigente para habilitar una actuación de nueva urbanización en SNU, si tiene la finalidad de cumplir con mandato o previsión de una actuación de carácter supralocal prevista en POT, en una declaración interés autonómico o instrumento de planificación sectorial.

2ª) En última instancia, al quedar suspendida la facultad de activar la transformación urbanística del suelo -transitoriamente- con la consideración de rústico común se viene a reconocer por la LISTA que el SNU de carácter natural o rural de la LOUA, pese a su asimilación en el periodo transitorio, no tiene el mismo alcance y significado que el suelo rústico común de la LISTA.

De otra parte, a partir de la entrada en vigor de la LISTA, la implementación de cualquier instrumento de ordenación urbanística (DT Primera LISTA) debe seguir ya los procedimientos y contenidos de la nueva legislación urbanística.

Evidentemente, la formulación de los instrumentos de ordenación general no presenta problemática relevante, en la medida que el nuevo PGOM sustituirá y derogará en el nivel de ordenación general los contenidos del PGOU o NNSS vigentes. En cambio, supondrá una derogación íntegra cuando el nuevo planeamiento general sea un PBOM.

Sin duda la mayor dificultad se presentará en un escenario en el que se pretenda la implementación de los nuevos instrumentos de ordenación detallada previstos en la LISTA sin la previa sustitución del planeamiento general vigente, porque este seguirá conservando la vigencia y su ejecutividad.

Así, la implementación de instrumentos de ordenación detallada adaptados a la LISTA va a incidir en un instrumento de planeamiento general vigente aprobado conforme a la legislación anterior que era concebido como la piedra esencial de toda la ordenación y que era causa del planeamiento derivado. En este escenario, la conciliación entre el efecto de mantenimiento de la ejecutividad (DT Segunda LISTA) de un planeamiento vigente (concebido conforme a la legislación urbanística anterior) y el efecto de inmediata aplicación de los instrumentos de la LISTA (DT Primera), no siempre será pacífica y pueden presentarse conflictos principalmente por la diferente concepción de la configuración del sistema de planificación.

Sin embargo, por regla general, el efecto de aplicación inmediata de la LISTA no supone desplazamiento de los contenidos del planeamiento general (ni derivado) vigentes.

No obstante, en caso de apreciarse algún conflicto, y sin que sea posible encontrar una interpretación conciliadora (porque sean contenidos que resultan radicalmente contrarios a las disposiciones de la LISTA), jugará el criterio de la preferente

aplicación de las disposiciones de la nueva ley, como se deduce del inciso inicial de la DT Segunda LISTA: la conservación de la vigencia de los instrumentos aprobados lo es “sin perjuicio” de lo dispuesto en la DT Primera.

Sin embargo, como se verá, en la regulación transitoria también se incorporan excepciones respecto al criterio general de prevalencia del contenido sustantivo de la LISTA; en concreto, las disposiciones establecidas en el planeamiento general vigente para el desarrollo de actuaciones de transformación se imponen a las determinaciones de ordenación de la LISTA.

### **3.1. La formulación de Plan de Ordenación Urbana sin adaptación del instrumento general**

La LISTA fomenta la activación inmediata de los instrumentos del nuevo sistema de planificación sin necesidad de que el municipio cuente con la previa adaptación del instrumento de ordenación general definidor del modelo de ciudad.

En efecto, el artículo 66.3 autoriza que pueda formularse en cualquier momento un Plan de Ordenación Urbana (POU), incluso sin que esté aprobado el PGOM:

*“3. En cada municipio se podrá definir un Plan de Ordenación Urbana para todo el suelo urbano o varios Planes de Ordenación Urbana que ordenen las diferentes zonas en que se pueda dividir el suelo urbano, esté aprobado o no el Plan General de Ordenación Municipio.”*

Esta habilitación es reflejo de que la LISTA ha pretendido configurar las relaciones entre PGOM y POU desde un nuevo y singular enfoque: siendo prevalente el PGOM, el POU puede tener existencia autónoma respecto de aquel, por no ser propiamente un instrumento de desarrollo de aquél sino más bien de complemento.

Ahora bien, la opción de formulación de POU anticipado (sin aprobación de PGOM) tiene algunas especialidades con respecto al resto de POU (formulados con posteridad a la aprobación del nivel de ordenación general), al tener que contar con una justificación adicional y, asumir necesariamente la función de establecimiento de criterios de mantenimiento, mejora y regeneración de la ciudad existente.

Cuando la construcción del nuevo sistema planificador se inicie a partir de la definición del modelo de ordenación general por el PGOM, el POU se encontrará ya con una previa delimitación aprobada de suelo urbano actualizada y ya adaptada a las exigencias del artículo 13 de la LISTA. Y es que corresponde al planeamiento que establece la ordenación general (artículo 63.1) la labor de delimitar los terrenos que pertenecen a cada una de las dos clases de suelo previstas en la LISTA (urbano y rústico). Para la LISTA, en este régimen ordinario, el Plan de Ordenación Urbana (POU) sólo puede realizar un ajuste de la delimitación de suelo urbano y del rústico

con alcance muy reducido. En concreto el apartado 2 del artículo 66 de la LISTA dispone respecto al POU que *“al establecer la ordenación urbanística detallada podrán realizarse meros ajustes en la clasificación del suelo, siempre que estos no afecten a parcelas completas.”* Por tanto, son meros ajustes y con la finalidad de homogeneizar la clase de suelo en el interior de las parcelas.

Sin embargo, el RGLISTA en el apartado 2 del artículo 18 establece el mandato a los POU anticipados que se formulen con carácter previo (“en ausencia”) al PGOM de incorporar *“en su ámbito de ordenación” “los suelos urbanos que cumplan con las condiciones que se establecen en el artículo 13 de la Ley para esta clase de suelo”*.

El artículo 89 del RGLISTA viene a confirmar la capacidad del POU autónomo o anticipado de determinar su ámbito de ordenación directamente por verificación de las condiciones del artículo 13 de la LISTA, sin tener que estar ya vinculado a un reconocimiento de suelo urbano previo; no obstante, en este caso, el POU deberá justificar expresamente el cumplimiento de esas condiciones. En concreto, el artículo 89 apartado 1 del Reglamento General establece en sus párrafos finales:

*“Cuando se redacten en ausencia de Plan General de Ordenación Municipal (...). En estos supuestos, el Plan de Ordenación Urbana deberá justificar expresamente que los suelos que propone ordenar cumplen las condiciones establecidas en el artículo 13 de la Ley y el 19 del Reglamento.”*

La nueva función que incorpora el Reglamento a los POU formulados en ausencia de PGOM no se justifica en su Exposición de Motivos; no obstante, una interpretación sistemática de la LISTA permite deducir que la solución a la que ha llegado el RGLISTA es un medio necesario para que se puedan activar los POU anticipado.

Hay que recordar que el propio apartado 3 del artículo 66 de la LISTA permite la formulación del POU *“esté aprobado o no el Plan General de Ordenación Municipal”*. En consecuencia, la formulación del POU no tiene por qué esperar a la aprobación del PGOM; en el caso de que se negase la facultad de autodefinición del POU de su ámbito de ordenación, entonces la declaración de la LISTA de la existencia de POU de formulación anticipada quedaría diluida.

Es una facultad implícita: para que pueda desarrollarse el POU de redacción anticipada este debe estar habilitado para declarar cuál es su ámbito de ordenación, es decir, debe poder identificar qué parte o partes de terrenos del municipio, en aplicación de la DT Primera LISTA, tienen la consideración de suelo urbano y determinar cuáles de entre ellos, por cumplir efectivamente con las condiciones del artículo 13 de la LISTA, pueden ser objeto de su ordenación.

El POU que se formule previamente al PGOM ha de desarrollar su función de ordenación detallada partiendo del perímetro del suelo urbano que tiene carácter

transitorio (porque no hay PGOM aprobado que haya delimitado el suelo urbano en aplicación de los criterios del artículo 13 LISTA) y, a continuación, debe definir -en el interior de aquél perímetro de suelo urbano transitorio- su ámbito de ordenación, pero ya considerando exclusivamente los terrenos que cumplen estrictamente las condiciones del artículo 13 de la LISTA y decidiendo si ordena el conjunto de todos estos o si sólo ordena una zona de ellos.

Desde esta perspectiva resulta lógica la habilitación-mandato que hace el artículo 18 apartado 2 del RGLISTA para que el POU que se tramite en ausencia de instrumento de ordenación urbanística general incorpore en su ámbito de ordenación “*los suelos urbanos que cumplan con las condiciones que se establecen en el artículo 13 de la Ley para esta clase de suelo*”<sup>9</sup>.

Y también, desde esta perspectiva resulta legitimado el RGLISTA para establecer la limitación de que en la ordenación del POU no se pueden incorporar los terrenos que, pese a estar clasificados formalmente como suelo urbano, sin embargo, no cumplan con los requisitos sustantivos del artículo 13 LISTA.

Esta labor del POU no supone en puridad el ejercicio de una función clasificatoria al limitarse a realizar una labor de constatación de terrenos que ya merecen la consideración legal de suelo urbano transitorio, como medio necesario para poder desarrollar su función propia: decidir y delimitar aquellos que van a integrar su ámbito propio de ordenación, debiendo justificar que los terrenos que incorpora en este ámbito de ordenación delimitado cumplen efectivamente las condiciones del artículo 13.1 de la LISTA.

En síntesis, el POU de formulación anticipada se limita, cumpliendo el mandato del artículo 18.2 del RGLISTA, a determinar su ámbito de ordenación entre los terrenos que teniendo la consideración de “*suelo urbano*” -por aplicación de la DT Primera de la LISTA- “*cumplan con las condiciones que se establecen en el artículo 13 de la Ley*”.

De otra parte, el POU de formulación anticipada podrá delimitar ATU, incluso, estableciendo una ordenación detallada completa.

Debe advertirse que los POU de formulación anticipada, aunque tienen un mayor grado de autonomía que los POU de formulación posterior al PGOM, tampoco son libres de adoptar sus decisiones de ordenación detallada desconociendo las determinaciones de ordenación general del planeamiento general vigente.

---

<sup>9</sup> El artículo 18.2 del RGLISTA confirma que los POU anticipados deben partir “del suelo urbano” de carácter transitorio, e incluir en su ámbito de ordenación “los que cumplan con las condiciones que se establecen en el artículo 13 de la LISTA; porque si no fuera así, no tendría sentido el requerimiento de que se trate de suelos urbanos que cumplan con las condiciones del artículo 13 LISTA.

Según el artículo 66.1 las determinaciones del POU “no podrán contradecir las de los Planes de Generales de Ordenación Municipal”. De esta manera, la LISTA establece una regla de prevalencia en favor del sistema normativo de ordenación general respecto del subsistema normativo detallado en suelo urbano del POU. La prevalencia del subsistema general es necesaria para la propia eficiencia del conjunto del sistema normativo; el planeamiento general es el encargado de dotar de armonía y coordinación a los diversos subsistemas de ordenación detallada, pues en otro caso, este subsistema puede llegar a contar con un grado de disgregación excesivo que ponga en peligro la integralidad del modelo general de ordenación del municipio (artículo 63,1 LISTA).

Esta regla de prevalencia de la ordenación general respecto del POU, también es aplicable en el supuesto de activación anticipada de este instrumento sin PGOM, porque permitirá salvaguardar la ordenación del planeamiento general vigente que sea equivalente al nivel de ordenación general (como definitoria del modelo urbano-territorial). Ningún POU (sea anticipado o no) puede establecer determinaciones que contradigan el modelo de ordenación general vigente. Ello, es así porque las determinaciones del planeamiento general vigente se conservan y son ejecutivas (de conformidad con la DT Segunda LISTA) y, por ello, es preciso verificar que el POU no contradiga aquellas de sus determinaciones que tengan un nivel equivalente a las propias de un PGOM.

Se trata de dilucidar la capacidad que tiene un POU sin previo PGOM para incorporar directamente alteraciones en la ordenación del PGOU (sin necesidad de tramitar simultáneamente un expediente de modificación). Para ello, es preciso deducir en el régimen transitorio cuál es el nivel de la ordenación general integrado en los planes generales aprobados. En suma, determinar cuáles son las determinaciones de ordenación estructural del PGOU vigente que deben tener la consideración de determinaciones del nivel de ordenación general a efectos de la LISTA y que deben ser respetadas, en todo caso, por el POU anticipado.

Los PGOU vigentes incorporan determinaciones propias del nivel de ordenación de ordenación general (por ello, propias de PGOM) y determinaciones en suelo urbano propias del nivel de ordenación detallada (que corresponde ahora a la función del POU). Y es necesario precisar que no todas las determinaciones del nivel de ordenación estructural de los PGOU vinculados a la LOUA son determinaciones propias del nivel de ordenación general de la LISTA.

Quiere ello decir que puede formularse un POU que contradiga determinaciones de los PGOU vigentes (incluso algunas estructurales a efectos LOUA), siempre que las mismas no tengan el carácter de determinaciones de ordenación general propias de un PGOM según LISTA. Si las determinaciones del PGOU tienen este nivel de ordenación general no pueden ser desconocidas y deben ser respetadas.

La dificultad reside en determinar qué determinaciones estructurales de un PGOU, vinculado a LOUA, tienen la consideración de determinaciones de ordenación general a efectos de LISTA.

Ello va a requerir una labor de interpretación constante dado que los contenidos del PGOM están regulados de manera poco precisa en la LISTA y en el RGLISTA. Si la adscripción del nivel de una determinación del PGOU vigente no resulta clara (si es propia del nivel de ordenación general o detallado), se aconseja tramitar de forma simultánea al POU una innovación del PGOU con alcance de modificación puntual de la ordenación general vigente.

No obstante, cabe reconocer que el POU se configura en la LISTA como un instrumento de ordenación detallada “cualificado” en suelo urbano porque resulta legitimado para asumir un conjunto amplio de funciones, entre ellas algunas de las que en el régimen de la LOUA pertenecían al nivel de ordenación estructural que debía establecer el PGOU. Ahora bien, ello no puede ser interpretado en un sentido tan amplio que suponga que el POU puede alterar cualquier contenido del planeamiento general vigente, porque admitir esta potestad sin restricción supondría aceptar que el modelo actual establecido en el planeamiento general ha perdido efectividad.

De forma que es razonable admitir que un POU anticipado pueda alterar puntualmente las determinaciones del planeamiento general vigente sobre los usos globales de concretas zonas del suelo urbano, que pueda alterar puntualmente la red de sistema general (suprimiendo o creando algún elemento) y que también pueda -de forma justificada- prever nuevas actuaciones de transformación en suelo urbano o alterar las delimitadas en el planeamiento general.

Ahora bien, debe considerarse que el POU no podrá incorporar tal densidad de alteraciones que en su conjunto supongan cambios sustanciales en la ordenación estructural del planeamiento general vigente e impliquen, de hecho, una revisión, o cambio del modelo general establecido en el mismo. Por ello, no podrá alterar sustantivamente la red de sistemas generales (porque ello, supondría alteración del esquema básico actual), ni incorporar una alteración mayoritaria de los usos globales en las zonas de suelo urbano o, incorporar un conjunto de nuevas actuaciones de transformación en suelo urbano que sumadas a las ATU que se mantienen en el suelo asimilado al rústico (en terrenos con clasificación de urbanizable, que no pueden ser objeto de ordenación ni desclasificación por el POU) superen las necesidades reales de la población.

Una evaluación global del POU de la posibilidad de la formulación anticipada pone de relieve que:

1º) tiene la ventaja de permitir valorar la capacidad que tiene el suelo urbano para incorporar actuaciones de transformación dirigidas a la renovación,

reforma y mejora de la ciudad existente, lo que posibilita que posteriormente las previsiones del PGOM (sea mediante directrices de evolución a medio y largo plazo u otras decisiones complementarias) en el suelo rústico común de actuaciones de nueva urbanización se evalúen y cuantifiquen con mayor precisión; limitando así las necesidades de transformación del suelo rústico.

2º) sin embargo, tiene la debilidad de que se puedan presentar limitaciones en el establecimiento de estrategias para la revitalización y renovación del suelo urbano a consecuencia de que se precise un refuerzo de sistemas generales infraestructurales o dotacionales cuya localización en terrenos con la clasificación de suelo urbano sea imposible y deba plantearse en suelo rústico, que resulta un ámbito excluido de la ordenación del POU.

Por ello, la opción de formulación simultánea PGOM o POU se presenta como una solución equilibrada a considerar y que, además, permitirá la sustitución íntegra del PGOU vigente.

### **3.2. La formulación de Planes Parciales en sectores de suelo urbanizable**

Ya se ha explicado que los ámbitos de suelo urbanizable sectorizados previstos en los instrumentos de planeamiento general vigentes tienen (conforme a la DT Primera a).1ª de la LISTA) la consideración de suelo rústico común y, conforme al apartado a).3ª de esta DT Primera, quedan sometidos al régimen de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística (ATU) sin necesidad de tramitar previa propuesta de delimitación de ATU.

En otras palabras, la delimitación de los sectores de suelo urbanizable (o de sectores de suelo apto para urbanizar) del planeamiento general vigente tiene la consideración de una delimitación de actuación de nueva urbanización ya realizada; si bien quedan exentos de la amenaza del efecto de caducidad que se dispone en el artículo 25.7 de la LISTA para la hipótesis de que no acontezca la aprobación inicial del Plan Parcial en el plazo de dos años (desde la publicación del acuerdo que apruebe la propuesta de delimitación).

La razón de que no juegue la caducidad en este caso debe entenderse coherente con los antecedentes urbanísticos del ámbito y su incidencia en el esquema estructural del planeamiento general vigente: se trata de un sector previsto en el planeamiento general vinculado a legislación anterior y si se reconociera el efecto de caducidad, y este aconteciera (por el transcurso del plazo de 2 años), ello supondría que el sector de suelo urbanizado sectorizado pasaría a encontrarse en una situación análoga a la de un Suelo Urbanizable No Sectorizado (rústico común sin delimitación). Ello supondría una importante incidencia en el equilibrio del área de reparto de los sectores

de suelo urbanizable y en la estructura de sistemas generales del planeamiento general aprobado. Por ello, la caducidad no se aplica a los sectores de suelo urbanizable sectorizado sin Plan Parcial, sin perjuicio de la declaración de incumplimiento del deber urbanístico de formular el planeamiento de desarrollo.

De otra parte, la DT Segunda apartado 1 del Reglamento General establece que en los ámbitos de suelo urbanizable sectorizado previstos en el planeamiento general vigente que no cuenten con ordenación pormenorizada aprobada, “*su ordenación corresponderá al instrumento de ordenación urbanística detallada de la actuación de transformación urbanística correspondiente, (...)*”, estableciendo el precepto una serie de reglas tanto en materia de procedimiento como sustantivas.

De esas reglas de la DT Segunda.1 del RGLISTA se deduce que el suelo urbanizable sectorizado previsto en PGOU aprobado (a fecha de entrada en vigor de la LISTA) debe desarrollarse mediante un Plan Parcial que:

a) debe seguir el procedimiento y régimen de competencia establecidos en la LISTA y su reglamento para los Planes Parciales.

b) debe desarrollar las determinaciones de ordenación detallada “*en el marco de las determinaciones de ordenación estructural y de la ordenación pormenorizada preceptiva que se establezcan para el ámbito en el instrumento de planeamiento general*” y “*conforme a los criterios de sostenibilidad para la ordenación urbanística que se establecen en el Título IV*” del RGLISTA, “*cuando resulten compatibles con éstas*”.

Por tanto, según esta DT Segunda apartado 1.b RGLISTA, el Plan Parcial en desarrollo de un PGOU está vinculado a las determinaciones de este con el mismo nivel de exigencias que lo estaba en el régimen de la LOUA, pues ha de respetar tanto las determinaciones de ordenación estructural como las pormenorizadas preceptivas establecidas en el PGOU aprobado. Además, el Plan Parcial ha de ajustarse a los criterios de sostenibilidad para la ordenación urbanística que se disponen por el RGLISTA (en la Sección 4ª del Capítulo I del Título IV) pero en este caso sólo caso si resulten compatibles<sup>10</sup>).

El término “*marco*” de la DT 2ª.1.b) RGLISTA hace referencia a los límites definidos por el Plan General para el desarrollo del sector que el instrumento de

---

<sup>10</sup> Desde una lectura sistemática del precepto se deduce que en el apartado 1.b) de la DT Segunda del RGLISTA existe un error en la utilización del pronombre demostrativo “*éstas*” y que debería decir “*aquellas*”; es decir, que también los Planes Parciales deben ajustarse a los criterios de sostenibilidad que se disponen por el RGLISTA en la Sección 4ª del Capítulo I del Título IV cuando resulten compatibles con las determinaciones del PGOU. Y esta interpretación es congruente con los propios apartados 1.c) y 1.d) que disponen una preferencia por la aplicación de los contenidos del PGOU aprobado en materia de reservas dotaciones y de reservas de vivienda protegida, que se integran en los criterios de ordenación urbanística (artículo 82 y 83) de la Sección 4ª del Capítulo I del Título IV.

ordenación detallada debe respetar y desarrollar. En resumen, según esta DT 2ª del RGLISTA el Plan Parcial se encuentra sometido a las determinaciones de la ordenación estructural y, además, debe desarrollar las determinaciones de ordenación pormenorizada preceptiva (es una configuración análoga del Plan Parcial como se hacía en el régimen de la LOUA).

c) el Plan Parcial debe desarrollar los estándares establecidos en el instrumento de planeamiento general, aunque sean contrarios a lo establecidos en el artículo 82 del RGLISTA. En el caso de que el PGOU no los haya determinado o se remita de forma genérica a la LOUA, entonces, sí se aplican los criterios de ese artículo 82 del RGLISTA.

d) el Plan Parcial debe asumir las reservas de suelo para vivienda protegida que se hayan dispuestos por el PGOU de forma expresa, sean mayores o menores a las que resulten de la aplicación del artículo 83 del Reglamento (y 61.5 de la LISTA); de no establecerse determinación al respecto se aplicarán las reservas establecidas en la nueva regulación.

De esta regulación se deduce que cuando en la formulación del Plan Parcial de desarrollo de PGOU se aprecien conflictos en materia de ordenación, se imponen las determinaciones del planeamiento general vigente a los criterios de ordenación que se derivan del RGLISTA, incluso en la determinación sobre porcentajes de reservas dotacionales y de viviendas protegidas, ya sean mayores o menores a las previstas en la LISTA.

En conclusión, de la DT Segunda apartado 1 del RGLISTA resulta que la regulación sobre criterios de la ordenación urbanística de la Sección 4ª del Capítulo I del Título IV del Reglamento sólo será de aplicación para los Planes Parciales de sectores de suelo urbanizable (y para los PRI de las áreas de reforma interior) previstos en el planeamiento general vigente si resultan compatibles con las determinaciones de ordenación general y pormenorizada preceptiva establecidas en el PGOU aprobado. Y significa que, en estos casos, el efecto de la aplicación completa y directa de la LISTA (DT Primera) queda condicionada a la verificación de compatibilidad con las determinaciones del planeamiento aprobado.

Sin embargo, el RGLISTA en su DT Tercera.3 incorpora una redacción que es una novedad con respecto al contenido de la DT Primera. a). 3ª de la LISTA y que, además supone una regulación contradictoria con la previsión de la DT Segunda.1 del propio Reglamento que se acaba de exponer. La DT 3ª.3 RGLISTA establece:

*“3. En suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable sectorizado las modificaciones de las determinaciones establecidas por los instrumentos de planeamiento general podrán realizarse mediante el correspondiente instrumento de ordenación urbanística detallada.*

*En suelo urbanizable, cuando la modificación implique un cambio de la delimitación del sector, se requerirá antes de la tramitación de una propuesta de delimitación de la actuación.”*

En síntesis, esta DT 3ª. 3 del RGLISTA posibilita en suelo urbanizable sectorizado y en el suelo urbano no consolidado que puedan ser modificadas directamente las determinaciones establecidas en los instrumentos de planeamiento general “*mediante el correspondiente instrumento de ordenación urbanística detallada*”. En otras palabras, la interpretación literal de la DT 3ª. 3 del RGLISTA conduce a que el Plan Parcial puede incorporar -directamente- cualquier alteración en las determinaciones del planeamiento general, con la únicamente limitación de que, si se pretende cambiar la delimitación del sector, precisaría previamente una propuesta de delimitación de la actuación.

Pero esta conclusión, es ciertamente sorprendente porque supone una clara contradicción con el contenido de la DT Segunda .b) del propio RGLISTA y, además, se aparta de la regulación de la DT Primera a). 3ª de la LISTA y de su DT Segunda,4.<sup>11</sup>

Según la DT Primera de la LISTA, el desarrollo de los suelos urbanizables puede realizarse (sin necesidad de PGOM/PBOM), pero para ello, debe realizarse “*conforme a las determinaciones*” del planeamiento general vigente. Y esta posición se ve reforzada en la DT Segunda 4 de la LISTA que dispone que los instrumentos de ordenación detallada de las actuaciones de transformación delimitadas en el planeamiento general “*establecerán las reservas de suelo para dotaciones que se determinen en los mismos*”. Por tanto, en materia de reservas dotacionales quedan vinculados al planeamiento general.

Además, la interpretación literal de la DT 3ª.3 del RGLISTA, también es contraria a la DT Segunda.1.b) del mismo que dispone, como se ha adelantado, que la ordenación detallada se desarrollará “*en el marco de las determinaciones*” que se establezcan para el ámbito en el instrumento de planeamiento general.

Por ello, carece de sentido que en suelo urbanizable y tras fijar el Reglamento en la DT 2ª.1.b) este nivel tan elevado de respeto de las determinaciones del planeamiento general aprobado, a continuación, en la disposición inmediatamente siguiente (DT 3.3 del RGLISTA) este mismo reglamento declare que el correspondiente “*instrumento de ordenación detallada*” (el Plan Parcial en caso del suelo urbanizable) puede -directamente- incorporar modificaciones del PGOU para el sector, sin diferenciar qué nivel de determinaciones pueden ser objeto de alteración.

---

<sup>11</sup> La DT Primera a). 3ª de la LISTA establece que “*los ámbitos de suelo urbanizable ordenado o sectorizado podrán desarrollarse conforme a las determinaciones contenidas en el planeamiento general vigente*”.

En suma, la lectura sucesiva de ambas disposiciones supone un relato de decisiones contradictorias. Estamos en un claro ejemplo de antinomia. Y cuando se producen una contradicción tan radical en los contenidos de dos normas integrantes del mismo texto normativo y, por ello, aprobadas por la misma autoridad y en un único acto, no pueden aplicarse las reglas jurídicas ordinarias para resolver los conflictos entre normas incompatibles entre sí (como son el criterio cronológico- *lex posterior derogat priori*-, el principio de jerarquía -norma superior deroga a inferior- o el principio de competencia o especialidad), sino que debe recurrirse a una interpretación sistemática y finalista que permita dilucidar cuál de ellas cuenta con mayor integración o respaldo en el conjunto del ordenamiento jurídico.

En este caso, el conflicto se produce en el segundo nivel de jerarquía (el reglamentario) y una de las normas reglamentarias tiene un contenido contrario a la norma de superior jerarquía (la ley); por tanto, la antinomia se resuelve con la aplicación prevalente de la norma reglamentaria (DT Segunda, 1.b) RGLISTA) que cuenta con el mayor grado de adecuación con la superior (DT Primera a). 3ª y Segunda.4 de la LISTA).

Por ello, no puede entenderse que la incorporación de modificaciones a la ordenación estructural establecida en el planeamiento general vigente (a la entrada en vigor de la LISTA) para el suelo urbanizable sectorizado pueda realizarse directamente por el Plan Parcial porque no es lo que resulta de la DT Primera de la LISTA, incluso en la hipótesis de que previamente se haya tramitado una propuesta de delimitación de ATU, porque ello significaría otorgar naturaleza de instrumento de ordenación a lo que no es sino un procedimiento previo que habilita ejercer la iniciativa para proponer la transformación mediante la presentación del correspondiente planeamiento de desarrollo.

En consecuencia, la seguridad jurídica aconseja que cuando se pretenda introducir alteraciones en las determinaciones de ordenación estructural del PGOU vigente para el suelo urbanizable sectorizado, se acompañe a la tramitación del Plan Parcial de forma simultánea un expediente de modificación puntual del PGOU, a fin de asegurar la integralidad del modelo urbano-territorial vigente en sus determinaciones estructurales<sup>12</sup>.

Una interpretación pacificadora de las disposiciones segunda y tercera del RGLISTA en congruencia con la DT Primera de la LISTA y que, partiendo del reconocimiento de la prevalencia del contenido de la DT.2ª, 1.b) del Reglamento,

---

<sup>12</sup> No puede olvidarse que las alteraciones que pretendan realizarse en la ordenación estructural establecida por un planeamiento general aprobado, aun cuando se refieran a un concreto sector de suelo urbanizable, trascienden, al menos, al conjunto de sectores que integran su área de reparto, por lo que es una alteración que no puede realizarse directamente desde el Plan Parcial.

permita la subsistencia parcial de la DT 3<sup>a</sup>.3 del Reglamento -en aquello que resulte compatible con las DT 1<sup>a</sup>. a).3<sup>a</sup>. y 2<sup>a</sup>.4 de la LISTA-, puede ser la siguiente:

a) Considerar que el Plan Parcial podrá separarse de las determinaciones establecidas en el planeamiento general vigente (no adaptado a la LISTA) cuando afecte a determinaciones potestativas. Y ello porque las disposiciones potestativas en el régimen de la LOUA no son vinculantes, sin perjuicio de precisar una justificación de su procedencia.

b) Considerar que el Plan Parcial también podrá alterar incluso algunas de las determinaciones de ordenación pormenorizada preceptivas directamente que no tengan por objeto las reservas dotacionales; y ello, porque en el nuevo sistema legal el establecimiento de la ordenación detallada completa es función propia del Plan Parcial en los sectores de suelo rústico común delimitados y teniendo presente que las alteraciones de las determinaciones de la ordenación pormenorizada (en la LOUA) sólo tienen incidencia inmediata en el propio sector.

Sin embargo, en esta facultad de alterar la ordenación pormenorizada preceptiva, el Plan Parcial cuenta con una limitación: no podrá disminuir las reservas dotacionales que disponga el planeamiento general (DT Segunda.4 de la LISTA).

Por tanto, se trata de limitar el alcance de la capacidad de alteración directa prevista en la DT Tercera.3 del RGLISTA a las determinaciones del PGOU que tienen naturaleza de ordenación pormenorizada pero siempre que no disminuyan los niveles dotacionales previstos en el plan general vigente para el sector.

c) Considerar que cualquier alteración de condiciones de ordenación estructural establecida por el planeamiento general vigente para el sector que pretenda incorporar el Plan Parcial debe realizarse mediante expediente -tramitado previa o simultáneamente- de modificación del planeamiento general. Ordinariamente las alteraciones de la ordenación estructural influyen en el área de reparto, lo que supone una incidencia territorial superior al propio sector, lo que hace que no pueda ser operado desde la simple aprobación de un Plan Parcial (ni tan siquiera con previa tramitación de propuesta de delimitación).

Como reflexión final, cabe subrayar que el régimen transitorio de LISTA no ha pretendido alterar el estatus quo del suelo urbanizable sectorizado clasificado al momento de su entrada en vigor; así ha permitido que se puedan desarrollar todas las actuaciones de nueva urbanización previstas por el PGOU aprobado sin limitaciones y aunque el planeamiento general (como ocurre en muchos municipios andaluces que nunca fueron adoptadas a la Norma 45.4 del POTA), tenga un exceso de sectores de expansión urbana. Es más, alienta la aceleración de esas actuaciones de transfor-

mación no desarrolladas<sup>13</sup>. Y, además, esta regulación supondrá un obstáculo para el inicio de los procesos de adaptación a la LISTA que permitan incorporar el nuevo instrumento de ordenación general previsto en la misma, en la medida que mientras no acontezca esta adaptación, las delimitaciones del suelo urbanizable sectorizado de los PGOU (incluso, de las NNSS de planeamiento municipal aún subsistentes) no tendrán la amenaza de su caducidad.

### **3.3. La formulación de Planes Parciales previa delimitación de ATU en ámbitos de suelo urbanizable no sectorizado de PGOU vigente**

Conforme a la DT Primera. a). 1ª de la LISTA, los ámbitos de suelo urbanizable no sectorizados (SUNS) previstos en el planeamiento general vigente, tienen la consideración de suelo rústico común, pero sin delimitación de actuación establecida.

El marco para habilitar el desarrollo urbanístico de los ámbitos de SUNS viene determinado en la DT Primera a).4ª de la LISTA:

*“Los ámbitos de suelo urbanizable no sectorizado podrán desarrollarse conforme a los criterios y directrices establecidos en el planeamiento general vigente para proceder a su sectorización y requerirán, conforme a lo dispuesto en el artículo 25, de la aprobación de las correspondientes propuestas de delimitación de actuaciones de transformación urbanística”.*

Según la DT Segunda.2 del RGLISTA los ámbitos de SUNS requerirán la aprobación de la correspondiente propuesta de delimitación de ATU, *“debiendo respetar las condiciones para proceder a la sectorización que hubiera establecido el instrumento de planeamiento general, considerándose justificado su incorporación como actuación de transformación urbanística si se acredita su cumplimiento”.* Además, la ordenación detallada de la actuación de transformación se establecerá mediante un Plan Parcial de Ordenación conforme a unas concretas reglas.

Por tanto, la habilitación de actuaciones de transformación de nueva urbanización en ámbitos de suelo urbanizable no sectorizado requiere:

1º) la aprobación (con tramitación previa o simultánea al instrumento de planeamiento) de una propuesta de delimitación de ATU.

2º) la formulación de la ordenación detallada debe hacerse conforme a los contenidos y procedimiento establecido por la LISTA para el Parcial.

---

<sup>13</sup> Como ha advertido Narváez Baena en el artículo citado en la anterior nota 2 de la RAAP n°114 (2022: página 201) el régimen transitorio de la LISTA alimenta la aceleración de los procesos de transformación urbanística del suelo.

El desarrollo de la actuación de transformación -una vez aprobada la propuesta de delimitación- ya se realizará conforme a los instrumentos de ordenación de la LISTA, es decir, se sustituye el Plan de Sectorización previsto en la LOUA por el nuevo instrumento de ordenación detallada de la LISTA en las actuaciones de nueva urbanización: el Plan Parcial.

3º) la formulación del oportuno Plan Parcial deberá someterse a los criterios y directrices del planeamiento general vigente para la sectorización; así debe respetar los usos incompatibles, las condiciones que aseguren la adecuada integración de los sectores en la estructura urbanística general y los criterios de disposición de los sistemas generales que hubiera establecido el PGOU. Por tanto, son Planes Parciales vinculados y derivados del planeamiento general aprobado, si bien el nivel de determinaciones de éste es de baja intensidad.

4º) Sin embargo, las reservas dotacionales son las establecidas en el RGLISTA -artículo 82- respetando los criterios de disposición de sistemas generales establecidos en el PGOU.

5º) Igualmente, la ordenación detallada debe respetar los criterios de sostenibilidad para la ordenación urbanística del Título IV RGLISTA.

Las potestades de ordenación del Plan Parcial de la LISTA son mayores que las funciones que la LOUA reservaba al Plan Parcial y, en gran medida, el nuevo Plan Parcial se asimila más a un Plan de Sectorización de la LOUA porque está habilitado para delimitar y establecer sistemas generales y asumir otras decisiones que antes pertenecían al nivel de ordenación estructural.

El Plan Parcial de ordenación detallada para el desarrollo de los ámbitos delimitados del SUNS también queda sometido a los criterios y directrices del planeamiento general.

No obstante, al no imponerse el deber de adaptación del planeamiento general a la LISTA la activación de los ámbitos de SUNS del planeamiento general aprobado es una opción que se ha flexibilizado y, sin duda, su uso indiscriminado puede generar efectos distorsionantes por la carencia de criterios efectivos en el planeamiento general vigente para estos ámbitos. En efecto:

- i) La capacidad de activar la transformación del SUNS se ha incrementado como consecuencia de la derogación expresa de la Norma 45.4.a) del POT, que imponía límites a la capacidad de crecimiento urbano y residencial de los planes municipales<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Narváez Baena en el artículo ya citado de la RAAP núm. 114, (2022), considera que “*el desorden puede ser mayúsculo, la opción de ejecutar el planeamiento general sin límites al crecimiento o modificarlo para redelimitar*”

ii) Ordinariamente los criterios y directrices establecidos en el planeamiento general para los ámbitos de SUNS son muy débiles, en la medida que, por regla general, la regulación del PGOU en estos terrenos (considerados de reserva para futuros crecimientos) se limitaba a establecer los usos globales negativos y unos criterios genéricos de disposición de sistemas generales. En este sentido, el SUNS no cuenta, por lo general, con unas estrategias y directrices específicas para la ordenación de estos desarrollos.

Por regla general, en este tipo de Planes Parciales en desarrollo SUNS, los únicos criterios efectivos que van a guiar la ordenación detallada serán los de la Sección 4ª del Capítulo I del Título IV del RGLISTA y la identificación de los usos globales incompatibles del planeamiento general vigente.

El Plan Parcial deberá acreditar además de su integración pacífica y coherencia con la ciudad existente, que se cumplen con las condiciones de sectorización establecidas en el planeamiento general vigente; en otro caso, de no disponer condiciones específicas de sectorización en el PGOU, deberá acreditarse las razones de interés público o social que justifiquen la habilitación de la actuación de nueva urbanización (conforme el alcance que dispone el artículo 50 del RGLISTA).

### **3.4. La formulación de Planes de Reforma Interior o Estudios de Ordenación de forma inmediata**

La nueva legislación urbanística andaluza permite formular Planes de Reforma Interior o Estudios de Ordenación sin PGOM ni POU (en municipios de más de 10.000 habitantes, litorales o pertenecientes a aglomeraciones urbanas) o sin PBOM (en el resto de municipios) ya sea para:

- a) desarrollar ámbitos de áreas de reforma interior o de sectores de suelo urbano previstos en el planeamiento general aprobado.
- b) Incorporar nuevas actuaciones de reforma interior o de mejora urbana no previstas en el planeamiento general aprobado.

#### A. El desarrollo de áreas de reforma interior o sectores de suelo urbano (no consolidado) previstos en el planeamiento general aprobado.

Los ámbitos de áreas de reforma interior o de sectores de suelo urbano no consolidado previstos en los instrumentos de planeamiento general se desarrollan con un sistema similar al ya expuesto de los ámbitos de suelo urbanizable sectorizado. En concreto (apartado a). 2ª de la DT Primera de la Ley) quedan sometidos al ré-

---

*actuaciones de transformación urbanística de manera fragmentada y sin la obligación de sustituir el planeamiento general por los nuevos instrumentos de ordenación que regula la LISTA no halla calificativo apropiado ni comparativo en la tortuosa historia del urbanismo de nuestro país.”*

gimen de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística y, cuando no cuenten con ordenación pormenorizada establecida, “*su ordenación corresponderá al instrumento de ordenación urbanística detallada de la actuación de transformación urbanística, sin necesidad de tramitar una propuesta de delimitación previa*” (DT Segunda.1 RGLISTA).

Las reglas de la DT Segunda.1 del RGLISTA para el desarrollo de Planes de Reforma Interior (PRI) en áreas y sectores de suelo urbano son las mismas que las reglas ya analizadas para el desarrollo de los Planes Parciales del suelo urbanizable sectorizado previsto en PGOU.

No obstante, la ordenación pormenorizada de los sectores de suelo urbano no consolidado previstos en el PGOU aprobado ahora debe formularse de conformidad con el instrumento previsto en la LISTA, es decir, con la modalidad de PRI y seguir el procedimiento y régimen de competencia establecidos en la LISTA y RGLISTA para esta tipología de Planes.

Igualmente, este PRI debe, conforme a la DT Segunda.1 del RGLISTA desarrollar las determinaciones de ordenación detallada “*en el marco de las determinaciones de ordenación estructural y de la ordenación pormenorizada preceptiva que se establezcan para el ámbito en el instrumento de planeamiento general*” y “*conforme a los criterios de sostenibilidad para la ordenación urbanística*” que se establecen en el Título IV” del RGLISTA, “*cuando resulten compatibles con éstas*”.

Las mismas consideraciones realizadas anteriormente respecto a esta DT Segunda apartado 1.b RGLISTA y su contraste con la DT Tercera.3 del mismo RGLISTA, para los Planes Parciales del suelo urbanizable, se dan por reproducidas para los PRI.

#### B. La incorporación de actuaciones de reforma interior o de mejora urbana no previstas en el planeamiento general aprobado en suelo urbano consolidado.

En principio:

1º) la LISTA habilita en suelo urbano la incorporación de nuevas actuaciones de reforma interior o de mejora urbana no previstas en el planeamiento general sin necesidad de contar con PGOM (o PBOM) y sin necesidad de contar con POU.

La DT Segunda.3 párrafo segundo de la LISTA establece que: “*Podrán delimitarse actuaciones de transformación urbanística o actuaciones urbanísticas en suelo urbano, aunque no se encuentre aprobado el Plan de Ordenación Urbana*”

2º) Si no están previstas estas actuaciones, debe entenderse que son nuevas actuaciones de transformación urbanísticas que se plantean en terrenos que en el planeamiento general vigente (no adaptado a la LISTA) cuentan con la categoría de urbano consolidado.

3º) En estos casos, teóricamente y de conformidad con las previsiones de la LISTA, se precisa:

i) Tramitar previamente una propuesta de delimitación de ATU, en la medida que la delimitación no se encuentra prevista en el planeamiento general o en el POU. El apartado 2 del artículo 25 de la LISTA (tras el Decreto-ley 11/2022, de 29 de noviembre) establece que las ATU que se ordenen mediante Plan Parcial, PRI o Estudio de Ordenación “*requieren de la aprobación de una propuesta de delimitación previa. Este procedimiento no será necesario para las propuestas de delimitación de actuaciones de transformación urbanística que se prevean por los instrumentos de ordenación urbanística general o por el Plan de Ordenación Urbana.*”

ii) Proceder a la alteración de la ordenación establecida en el planeamiento urbanístico vigente para la previsión de esta actuación, porque se requerirá una modificación de los usos, intensidades y otros parámetros. No se determina en la Disposición Transitoria Segunda.<sup>3</sup> de la LISTA qué instrumento pueden incorporar esta innovación.

La DT Tercera. 1 del RGLISTA incorpora importantes novedades:

*“1. En suelo urbano consolidado, las modificaciones de los instrumentos de planeamiento general que comporten una actuación de transformación urbanística se realizarán mediante el correspondiente instrumento de ordenación urbanística detallada, sin necesidad de tramitar una propuesta de delimitación previa. Los instrumentos se ajustarán a las disposiciones de este Reglamento (...)”*

Es suma, según la DT Tercera.1 del RGLISTA mediante el instrumento de ordenación detallada que corresponda (POU, PRI o Estudio de Ordenación) se permite alterar la ordenación en suelo urbano categorizado como “consolidado por la urbanización” en el planeamiento general vigente (a la entrada en vigor de la LISTA) para incorporar una ATU no prevista.

Al margen de las potestades del POU ya reconocidas en la LISTA, el desarrollo reglamentario ha ampliado la capacidad de incorporación inmediata en suelo urbano de ATU no prevista en el planeamiento general mediante PRI o/y Estudio de Ordenación, sin requerir la previa formulación de PGOM/POU o de PBOM y, además:

a) No exige la previa propuesta de delimitación de ATU.

b) La alteración de las previsiones de la ordenación detallada del planeamiento general puede realizarse directamente por el PRI o Estudio de Ordenación sin establecer el RGLISTA limitación alguna, salvo la sujeción a los criterios genérico de

sostenibilidad del Título IV de la LISTA, incluidas las disposiciones sobre reservas y estándares dotacionales (artículo 82).

Resulta sorprendente que el RGLISTA haya roto con el esquema ordinario establecido en la LISTA sobre la necesidad previa de tramitación de propuesta de ATU en suelo urbano cuando no venga delimitada en PBOM o POU.

Disponer por el RGLISTA que en el régimen transitorio la previsión de una ATU se puede realizar sin necesidad de tramitar una propuesta de delimitación previa supone una clara excepción del régimen ordinario establecido en el artículo 25.2 de la LISTA y el artículo 45 RGLISTA que disponen la necesidad de tramitar con carácter previo una propuesta de delimitación de ATU cuando esta no se establezca en los instrumentos de ordenación urbanística general o en el POU.

Pero, además, en el régimen de transitoriedad establecido en la LISTA no se establecía esta excepción. La nueva regulación transitoria que hace el reglamento considera suficiente que la delimitación se haga directamente en el propio instrumento de ordenación detallado del PRI o Estudio de Ordenación; pero en la Disposición Transitoria Segunda en relación a la posibilidad de establecer ATU en suelo urbano no prevista en el planeamiento vigente no excepciona la regla general del artículo 25.2 de la LISTA (que sólo excepciona del trámite de propuesta de delimitación previa a las actuaciones delimitadas directamente en el PGOM -en suelo rústico-, en el PBOM y POU).

De otra parte, el RGLISTA en estos casos, (de habilitación de ATU no prevista sin contar aún con POU aprobado) no ha establecido límites específicos al PRI y al Estudio de Ordenación tanto para la delimitación del ATU como establecer su ordenación detallada. Esta ausencia de límites es preocupante teniendo presente que no hay un instrumento previo que haya establecido las directrices para la delimitación y ordenación de estas ATU salvo la sujeción a los criterios genérico del Título IV del RGLISTA.

Esta configuración del RGLISTA de disponer de la máxima flexibilidad para generar ATU no previstas con la simple formulación de un PRI (para las actuaciones de reforma interior) o de un Estudio de Ordenación (para las de mejora urbana), comporta, sin duda, un alto riesgo por su inseguridad jurídica al separarse tanto de la regulación ordinaria como de la transitoria establecida en la propia LISTA a la que se encuentra vinculada<sup>15</sup>. En efecto, la interpretación literal de la DT Tercera.l del RGLISTA que facilite que cualquier determinación del planeamiento general vigente en suelo urbano consolidado pueda ser alterada directamente por un instru-

---

<sup>15</sup> Aunque haya transcurrido el plazo para la impugnación directa de un reglamento siempre se encontrará abierta la impugnación mediante recurso indirecto.

mento de ordenación detallada que habilite una ATU no prevista, conduce a que la declaración de conservación de la ejecutividad de los planes aprobados de la DT Primera LISTA se convierta en papel mojado.

La comparación de cuál es el nivel del planeamiento exigido para operar la alteración de contenidos en el suelo urbano da un resultado sorprendente y paradójico; resulta que la alteración de las determinaciones del plan vigente en suelo urbano para prever una ATU se puede realizar directamente mediante su incorporación en un instrumento de ordenación detallada que no estaba previsto; y sin embargo, para una simple alteración de una determinación detallada que no comporte una ATU, se requiera una modificación del planeamiento general. En efecto, para incorporar una alteración menor (por no comportar un ATU) en los contenidos del PGOU en suelo urbano consolidado, la DT Tercera.<sup>3</sup> RGLISTA requiere una modificación del planeamiento general; y sin embargo, cuando la alteración pretenda incorpora una ATU no prevista, que es de mayor sustantividad e impacto en la ciudad, sólo se requiera según la DT 3<sup>a</sup>.1 RGLISTA, la formulación de PRI o, en su caso, Estudio de Ordenación.

No obstante, una lectura más sistemática del conjunto de disposiciones de la LISTA y su desarrollo reglamentario revela que la posibilidad de alteración de la ordenación establecida en el planeamiento general vigente por “*el correspondiente instrumento de ordenación detallada*” no es tan absoluta, sino que se encuentra también sujeta a límites derivados de la exigencia de mantener la congruencia con la ordenación general.

No puede olvidarse la regulación general de la LISTA que en el artículo 68.2 dispone que cualquier PRI debe “*respetar las normas y directrices establecidas por el instrumento de ordenación urbanística general*” y, en igual sentido, el artículo 69.2 establece que el Estudio de Ordenación debe “*respetar las determinaciones establecidas*” en el PGOM, el PBOM o POU.

Por ello, debe cuestionarse que cualquier alteración de las determinaciones del suelo urbano establecidas en el planeamiento general anterior a la LISTA pueda realizarse con un simple PRI o Estudio de Ordenación para poder incorporar una nueva ATU porque esas determinaciones del planeamiento general vigente son todavía ejecutivas (según la DT Segunda de la LISTA) y no se han visto desplazados por la entrada en vigor de la LISTA, sin perjuicio de que deban ser aplicadas conforme al régimen jurídico implantado por esta nueva ley y deban ser reinterpretadas conforme al nuevo sistema de planificación que se pretende implantar.

No obstante, frente a los riesgos de una interpretación literal de la DT Tercera 1 del RGLISTA que deje vacía la declaración de la DT Primera LISTA de conservación de la ejecutividad de los planes aprobados, tampoco resulta razonable adoptar

una interpretación inflexible considerando que los PRI o Estudios de Ordenación deben respetar cualquier tipo de norma establecida en el planeamiento general vigente como si fuera una norma establecida por el PGOM/PBOM o POU.

Debe adoptarse una interpretación integradora que permita la progresiva incorporación de nuevos instrumentos siempre que quede asegurada la conservación de los elementos y las decisiones sustantivas que configuran el modelo de ciudad establecido en el planeamiento general.

Esta visión más equilibrada permite reconocer que un número importante de decisiones de la ordenación pormenorizada que antes correspondían al PGOU en suelo urbano, ahora, en el nuevo sistema, corresponden a instrumentos de la ordenación detallada como son los PRI y Estudios de Ordenación. En consecuencia, estos nuevos instrumentos sí podrán alterar directamente determinaciones del planeamiento general que antes pertenecían al nivel de ordenación pormenorizada, pero no podrán alterar aquellas que pertenezcan al nivel de ordenación estructural en suelo urbano porque debe entenderse que este nivel de ordenación estructural ahora pertenece en parte al instrumento de planeamiento general y, en parte, al POU, pero no al PRI o Estudio de Ordenación.

Por tanto, la incorporación de nuevas actuaciones de transformación sólo podrá realizarse directamente mediante PRI o Estudio de Ordenación cuando no incidan en elementos estructurales establecidos en planeamiento general para el suelo urbano que (por este carácter estructural), trascienden al propio ámbito de la ATU pretendida. En consecuencia, para respetar la integralidad de las decisiones estructurales del plan general vigente la incorporación del ATU no prevista no podrá modificar el uso global de la zona en que se integran y tampoco alterar la red de sistemas generales establecida en el planeamiento general vigente. En definitiva, en estos casos, se aplicaría de forma análoga una doctrina consolidada del TS sobre los PERI no previstos en el planeamiento general que se admitían siempre que no incidieran en la estructura general establecida por aquel. En efecto, la jurisprudencia del TS permitió reconocer en el sistema de planificación anterior una cierta autonomía a los Planes Especiales de Reforma Interior respecto del PGOU (STS de 31-01-2010 y 08-03-2010, entre otras).

En otro caso, la alteración de estas determinaciones estructurales que definen el modelo urbano actual deberá realizarse mediante Modificación puntual del PGOU vigente (con tramitación simultánea del PRI o Estudio de Ordenación) o, en su caso, mediante la formulación de POU (dado que este cuenta con un nivel de autonomía mayor que el PRI o EO, y, además, con una posición prevalente a estos).

### **3.5. La modificación del planeamiento vigente en suelo no urbanizable y en suelo urbano cuando no supongan actuaciones de transformación**

La Disposición Transitoria Segunda apartado 3 LISTA permite que puedan modificarse los instrumentos de planeamiento vigentes, si bien estas modificaciones deben ya realizarse conforme a “*los contenidos, disposiciones y procedimientos de la LISTA*”. Ello significa que los expedientes de modificación de los instrumentos de planeamiento vigente deben ajustarse a los requerimientos de los contenidos y procedimentales de la nueva ley.

Y de forma específica, la DT Tercera.4 del RGLISTA establece que las modificaciones de disposiciones del planeamiento general vigente en Suelo Urbano o No Urbanizable, “*que no comporten actuación de transformación urbanística, deberán ajustarse a las disposiciones establecidas en la Ley y en el Reglamento para las innovaciones de los instrumentos de ordenación urbanístico*”.

En aplicación del artículo 86 LISTA, esas alteraciones de determinaciones del suelo urbano o no urbanizable que no tienen por objeto la conformación ATU, tienen el carácter de "modificaciones" del planeamiento (general) vigente que es el instrumento objeto de la innovación.

No se comprende la desproporción instrumental que representa que cualquier modificación de suelo urbano en el caso de que conlleve una ATU deba realizarse mediante un instrumento de ordenación detallada (DT Tercera.1 RGLISTA) y si no lo comporta, requiera un expediente de modificación de planeamiento general. En SNU es, por el contrario, lógico exigir la modificación del PGOU, porque la ordenación del suelo rústico en la LISTA es materia del PGOM O PBOM.

### **3.6. La modificación del planeamiento vigente para dotar de ordenación detallada al suelo urbano de carácter transitorio cuando carece de ordenación pormenorizada**

Según la DT Tercera.5 del RGLISTA “*la ordenación urbanística de los terrenos que, conforme a la disposición transitoria primera de la Ley, tengan la condición de suelo urbano y que no cuenten con ordenación pormenorizada, deberá establecerse a través de una modificación del instrumento de planeamiento general con la finalidad de establecer las determinaciones propias de este nivel de ordenación y, en su caso, la definición de una actuación de transformación urbanística*”

Esta DT Tercera.5 del Reglamento puede plantear la duda de su alcance.

Desde el punto de vista sistemático, el supuesto de hecho de esta DT no tiene como objeto específico los terrenos de suelo urbano previstos en el planeamiento

general vigente cuya ordenación detallada estaba remitida a planeamiento de desarrollo (porque este supuesto de hecho se regula en la DT Segunda,1 del RGLISTA)<sup>16</sup>.

Por tanto, el objeto principal de esta DT Tercera.5 del RGLISTA son los terrenos que, a consecuencia de la DT Primera de la LISTA, deban ser reconocidos como suelo urbano y que, por no contar con este previo reconocimiento en el planeamiento general vigente, tampoco cuentan con ordenación pormenorizada.

Sin embargo, el contenido de la DT Tercera.5 del RGLISTA en gran medida viene a coincidir con la potestad del POU para atribuir la ordenación detallada, incluso a ámbitos que tengan la consideración de suelo urbano por aplicación directa del artículo 13 LISTA sin previo reconocimiento formal en el planeamiento general. Así, la LISTA habilita (artículo 66.3) que mediante POU (anticipado al PGOM) pueda establecerse la ordenación detallada a cualquier terreno que tenga la consideración de suelo urbano y el artículo 89.2 RGLISTA posibilita que el propio POU declare qué suelo es urbano mediante justificación de que cumple los requisitos del artículo 13 LISTA, incluso en el supuesto de que antes no estuviera declarado como tal en el planeamiento general vigente<sup>17</sup>.

En consecuencia, hay que concluir que:

- i) De una parte, esta DT Tercera.5 del RGLISTA posibilita que en la primera etapa de aplicación del régimen transitorio (en el que no se encuentre formulado el POU), la atribución de la ordenación detallada a zonas con la consideración de suelo urbano que (por surgir su reconocimiento por aplicación del régimen transitorio de la LISTA) no cuentan con la ordenación pormenorizada, deba hacerse mediante expediente de modificación de planeamiento general. Este expediente de modificación puntual del planeamiento general tendrá dos finalidades: reconocer la clasificación de suelo urbano y dotar de ordenación pormenorizada al ámbito.
- ii) De otra parte, como alternativa al expediente de modificación del plan general, queda abierta también la posibilidad de activar un instrumento propio de la LISTA: la tramitación de un POU -de formulación anticipada al PGOM- que se encuentra facultado para delimitar su ámbito de ordenación y, por tanto, también, para establecer la ordenación detallada.

---

<sup>16</sup> No obstante, nada impediría incorporar alteraciones en las determinaciones del planeamiento general para un ámbito con ordenación pormenorizada diferida (a instrumento de desarrollo) a través de un expediente de modificación de planeamiento general.

<sup>17</sup> El POU puede establecer la ordenación detallada del suelo urbano incluso en zonas que anteriormente no tuviera ordenación pormenorizada, bien porque en el PGOU estuviera remitida a un planeamiento de desarrollo no aprobado o bien porque en el planeamiento general no tuviera reconocida la clasificación de suelo urbano.

No obstante, la vía de la modificación del planeamiento general encuentra limitaciones: debe recordarse que no es posible utilizar esta vía para establecer la ordenación detallada de terrenos formalmente clasificados en PGOU vigente como suelo no urbanizable pero que puedan tener la consideración de suelo urbano por aplicación de la DT Primera de la LISTA (en conexión con el criterio de consolidación de la edificación del artículo 13). Y ello, porque ordinariamente este reconocimiento de urbano requerirá, a su vez, la previsión de una ATU (artículo 176.5 LISTA); previsión que no puede realizarse hasta la sustitución del PGOU por el nuevo instrumento de ordenación general de la LISTA (DT Segunda.3 LISTA)

Sin embargo, es cierto que hay una excepción establecida por el RGLISTA que posibilita la modificación del planeamiento general con incorporación de ATU cuando ello deriva de un mandato de carácter supralocal (DT Tercera.2, inciso final del RGLISTA).

Por tanto, la aplicación de la DT Tercera .5 del RGLISTA tendrá, básicamente, como objeto principal el reconocimiento del carácter de suelo urbano, por aplicación de la DT Primera LISTA, a terrenos que originariamente cuenten con la clasificación de suelo urbanizable (sin Plan Parcial) que tengan un alto nivel de consolidación por la edificación y se integre en el supuesto del artículo 13.1.c) de la LISTA, y se dote en el expediente de modificación puntual del planeamiento general de la ordenación pormenorizada a este ámbito con definición de una actuación de transformación.

## BIBLIOGRAFÍA SOBRE COMENTARIOS A LA LISTA:

- ¿ Es la Ley de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía realmente sostenible? ” (págs. 157-225). Narváez Baena, Ildefonso. *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 114 (2022),

- “Ordenación territorial y urbanística de Andalucía: a propósito de la Ley 7/2021 de 1 de diciembre de Impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía. Legislación, jurisprudencia y doctrina”; Pérez Marín, A. Editorial Comares, 2023.

- “Desarrollo sostenible del territorio y mundo rural. La incidencia de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio en Andalucía”. González Bueno, M<sup>a</sup> Ángeles. *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 114 (2022).

- “Un nuevo paradigma en el urbanismo andaluz. Análisis de la ley 7/2021, de impulso para la sostenibilidad del territorio en Andalucía”, Martín Valdivia, S, Editorial: Civitas; 2022

- La ley de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía: las clases de suelo y las actuaciones de transformación urbanística; José Zamorano Wisnes, J; *Revista andaluza de Administración Pública*. N<sup>o</sup>. 112, 2022.

- “El mantenimiento de la técnica de la clasificación urbanística en la ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía: en especial, la configuración del suelo rústico”. Olmedo Pérez, Sebastián; Lobato Becerra, J.A.; *Práctica Urbanística*, N<sup>o</sup> 182, mayo de 2023.



# BIBLIOGRAFÍA



## **RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO, El legado de Galdós. Los mimbres de la política y su “cuarto oscuro” en España, Los libros de la catarata, 2023.**

1. Esta revista lleva tiempo prestando atención a los libros que están saliendo en los últimos años sobre lo que fue la Administración española del siglo XIX, esa que vieron con sus propios ojos, y de la que tanto hablaron, un Larra (1809-1837) y un Galdós (1843-1920). Me refiero, en primer lugar, a *La “década moderada” y la emergencia de la Administración contemporánea*, el análisis de Tomás Ramón Fernández sobre lo ocurrido en los años 1844-1854, al principio de la mayoría de edad de Isabel II (o sea, tras las dos Regencias, la de María Cristina de Nápoles y la de Espartero), cuando los dirigentes fueron Narváez y Bravo Murillo. El trabajo analiza con detalle el período y pone el foco más en las luces -entre otras, y para decirlo con palabras de hoy, el embrión de una burocracia profesionalizada y estable, sobre todo en *el ramo de Hacienda-* que en las sombras. La reseña apareció en el número 110 de esta Revista, del año 2021.

La siguiente ocasión se encarnó en Alejandro Nieto, con su *Responsabilidad ministerial en la época isabelina*, donde, bien al contrario, el reflector se coloca sobre los episodios (ocho, en concreto) más inconfesables, llámense pufos, chanchullos o como se quiera. La reseña se ha publicado en el número 113, de 2022.

Pero también ha habido, como Rafael Jiménez Asensio, quien ha seguido otro método: el objeto a estudiar es por así decir indirecto, porque lo que analiza no son sino a los estudiosos de aquella época y en particular a Benito Pérez Galdós. Es el libro que da pie a esta breve glosa.

2. Mariano José de Larra, para exponer las cosas por el que es su orden, publicó en enero de 1833 -o sea, todavía en el reinado de Fernando VII: el final de lo que acabaría conociéndose como *La década ominosa-* su artículo *Vuelva usted mañana*, llamado a la fortuna. Denuncias sobre la tardanza de los papeleos ha habido muchas -*Las cosas de Palacio van despacio-*, pero esas palabras, pronunciadas por un joven de apenas veintitrés añitos, aunque ya con una revista propia, *El pobrecito hablador*, han quedado grabadas en piedra como manifestación de lo que era una patología insufrible. La historia -o, si se quiere, la excusa- es conocida: un francés llega a España para investigar sus orígenes y, en los quince días que hacía calculado, no acabó sacando nada en claro, porque, entre otras cosas, con los apellidos Díaz y Díez se produjo una confusión que resultó imposible superar. El pobre Larra era el primero que no podía soportar ese angustioso orden de cosas y de hecho, en febrero de 1837 (o sea, ya tras Mendizábal: otra decepción, muy bien estudiada por cierto por el propio Alejandro Nieto en 2011 en un libro monográfico sobre el político gaditano y, una vez más,

nada complaciente: los subtítulos *-Apogeo y crisis del progresismo civil*, así como *Historia política de las Cortes constituyentes de 1836-1837*- no pueden resultar más expresivos), pensando que así no merecía la pena seguir viviendo, obró en consecuencia. No había cumplido los veintiocho.

3. Lo de don Benito fue distinto y de más alcance, porque empezó a publicar en 1870, o sea, en el Sexenio Democrático (*La Fortuna de Oro*) y estuvo en activo hasta 1912, cuando concluyó *Cánovas*, el último Episodio Nacional de la Quinta Serie. Más de cuarenta años de actividad, en los que tuvo ocasión de contemplar, en las citadas palabras de Tomás Ramón Fernández, no ya la emergencia de la Administración (durante el reinado de Isabel II, se insiste), sino también lo que vino más tarde, donde todo o casi todo fueron fiascos: la posterior erosión de ese sistema y su implosión en 1868; la revolución (y sus empeños federalistas y cantonalistas, así como el rebrote de los conflictos carlista y cubano) y su triste final, con Pavía, seis años más tarde; la restauración de 1875-76 y sus crisis, empezando por el desastre del 98 (no hace falta decir de qué siglo) y sin olvidarse de la semana trágica de Barcelona en julio de 1909, cuando se puso de relieve de manera dramática que el anarquismo se mostraba capaz de controlar aquella ciudad. El destino ahorró a Galdós sufrir con Annual (julio de 1921, el otro desastre por autonomasía) y con el golpe de Estado de septiembre de 1923, pero cuando murió, en enero de 1920, esas calamidades y otras semejantes se veían venir. Estaban al caer, en efecto, porque el turno bipartidista (la esencia del sistema, junto con el caciquismo del medio rural, que convertía el sufragio universal masculino en una caricatura de sí mismo) no había sabido adaptarse a los cambios -industrialización y por ende urbanización: en una palabra: modernización o, si se quiere, europeización- que, en uno u otro grado según qué zonas, la sociedad había ido (felizmente) experimentando.

El colapso del Sexenio no bien empezado 1874 -todo un fracaso, se insiste- fue, para la opinión pública ilustrada, de la que Galdós formaba parte, un mazazo de primer orden. Y eso explica, en buena medida, que nuestro autor se expresara en términos muy críticos hacia la Administración de su tiempo, a la que veía -son palabras literales suyas, como vamos a ver en seguida- como una vaca lechera, a ordeñar por el grupo que en cada momento estuviese en el Gobierno. La consecuencia de todo ello eran las cesantías y su personaje central, el cesante, al que Galdós dedica en 1888 (o sea, coincidiendo más o menos con el Código Civil, la Ley de lo Contencioso o la de Procedimiento Administrativo, para poner referencias que son familiares en el gremio de los juristas) un libro casi monográfico, *Miau*, con el famoso y delicado Villaamil -que termina poniendo fin a su propia existencia, al modo del mismísimo Larra- como protagonista. De *Miau* son por ejemplo las siguientes (muy contundentes) frases, que Jiménez Asensio recoge: “Me refiero a la clase que constituye el contingente más numeroso y desdichado de la grey española: me refiero a los míseros

de levita y chistera, legión incontable que se extiende desde los bajos confines del pueblo hasta los linderos de la aristocracia; caterva sin fin, inquieta, menesterosa, que vive del meneo de plumas en oficinas y convachuelas, o de modestas granjerías que apenas dan para un cocido. Esta es la plaga, esta es la carcoma del país, necesita y pedigüeña, a la cual, ¡oh ilustre compañera mía!, tenemos el honor de pertenecer” (pág. 238). “En todo tiempo, y más aún cuando ocurren cambios de situación tan radicales como el que estamos viendo, la caterva de menesterosos bien vestidos (...) cae como voraz langosta sobre el prepotente señorío engalanado con plumas, cintajos, espadines, cruces y calvarios, porque esa casta privilegiada es la que tiene en sus manos la grande olla donde todos han de comer. Aquí la industria es raquítica; la agricultura, pobre; y los negocios pingües sólo fructifican por las alturas” (pág. 239). Un panorama -en realidad, un diagnóstico y además el diagnóstico de una grave enfermedad- no podía ser más desolador.

Jiménez Asensio ha leído a fondo toda la obra de Galdós y ha recogido muchísimas citas, tomando a los Episodios Nacionales como hilo conductor. Como por ejemplo (y de las dos primeras de las cinco Series, terminadas de escribir en 1879 pero que tienen por objeto los hechos sucedidos entre 1805 y 1833):

- Pág. 126: “Váyase el mérito con mil demonios; lo que conviene es tener desvergüenza para meterse en todas partes, buscar la amistad de las personas poderosas; en fin, hacer lo que los demás han hecho para subir a esos puestos en que son la admiración del mundo”: *La Corte de Carlos IV*.

- Pág. 128: “Conociáanse asimismo los cambios de empleados y el movimiento de aquella Administración que, con su enorme balumba de consejos, Secretarías, contadurías, real sello, real estampilla, renovación de vales, medios, arbitrios, etc., se refugió en Cádiz después de la invasión de las Andalucías. Cádiz reventaba de oficinas y estaba atestada de legajos”: *Cádiz*.

La tercera de las series empezó a escribirse veinte años más tarde, ya tras la bofetada del 98. Y es ese prisma tan poco amable el que se emplea para observar, de entrada, la guerra carlista de 1833-1839: no es de extrañar que la conclusión sea que *no queda títere sin cabeza*. El juicio de Galdós sobre la milicia norteña que se dirigía a Madrid lo recoge Jiménez Asensio en pág. 148: “Venía toda la Administración de don Carlos, sus Juntas y sus Consejos, un verdadero ejército de caracoles y tortugas con la casa a costas, es decir, con todo el papelorio de las oficinas”. En fin, una “turbamulta de parásitos” (*zumalacárregui*).

Mendizábal -al cabo, un financiero londinense-, que da nombre a su propio Episodio, se propuso racionalizar las cosas, en el sentido de exigir a los empleados que echaran más horas. Vano empeño: “Este buen señor nos trata como si fuésemos dependientes de comercio. La dignidad del funcionario público no consiente excesos

de trabajo, pues ni tiempo le dejan a uno para almorzar, ni para dar un *mero* paseo, ni para encender un *mero* cigarrillo (...) pues para despachar esto, excelentísimo señor, necesito aumento de personal (...) y aun así, no podríamos concluirlo dentro de las horas reglamentarias (...). Soy partidario de que a los empleados se les remunere bien, pues de otro modo la buena administración no es más que un mito, un verdadero mito” (pág. 151).

Pero es la cita de pág. 155 -una reflexión que Galdós pone en boca del propio Mendizábal para concluir el Episodio- la que sirve para recoger con más crudeza, en forma de metáfora bovina, el pensamiento del grancanario: “¡Cómo si yo pudiese hacer procuradores [miembros de la Cámara Baja del Parlamento] a todos los amigos de mis amigos!... y aquí otra carta pidiéndome destinos, contadurías, administraciones, secretarías, intendencias, y ... ¿De dónde, señores y amigos, voy a sacar tantas plazas? (...) Pero estos señores no ven en el Estado más que una vaca muy gorda y muy lechera, a cuyas ubres es ley que se agarren todos los ambiciosos, todos los glotones, todos los hambrientos ...”.

O también -pág. 160-, en frase tomada de *La campaña del Maestrazgo*, que Galdós pone en boca de un teniente que habla con Beltrán de Urdaneta: “Cuando me pongo a desentrañar la filosofía de esta guerra, acabo por convencerme de que estamos todos locos (...) Creo que se lucha por la dominación, y nada más: por el mando, por el mangoneo, por ver quién reparte el pedazo de pan, el puñado de garbanzos y el medio vaso de vino que corresponde a cada español”.

En *Luchana*, a Espartero, rumiando lo que había de ser el Abrazo de Vergara de agosto de 1839, se le ocurre la siguiente reflexión: “No puedo conceder más que el reconocimiento de la mitad de los grados adquiridos en el ejército carlista. De Madrid me han venido indicaciones para que reconozcamos la totalidad ..., pero no puede ser. ¿Adónde vamos a parar? ¿Qué presupuesto resistirá un Estado Mayor semejante? La guerra nos ha hecho pobres y la paz nos hará mendigos” (pág. 164).

La Tercera Serie concluye (casi) con *Los Ayacuchos*, en obvia referencia a la batalla americana de 1824 del mismo nombre, aunque en realidad la denominación se refiere a los seguidores de Espartero, que es quien ocupa -de su Regencia se trata, entre 1840 y 1843- el papel estelar. Época, sí, de mucho trajín, lo que lleva a Antonio Gil de Zárate a expresarse en los siguientes términos lacrimógenos: “¡Caer en el inmenso panteón de los cesantes! ¡Triste suerte!. Pero suerte infalible en todo empleado moderno. El empleo no es más que un pasadizo que lleva de la nada a la cesantía”. Y otro de los protagonistas expresaba ideas parecidas: “Tiemblo de pensar que los cambios políticos me priven de una posición en la que veo resuelto el problema de mi vida, permitiéndome disfrutar de un reposo muy honorífico al término de una juventud ignominiosa” (pág. 169).

Pero aún falta un Episodio Nacional para poner término a la Tercera Serie. Es *Bodas reales*, de donde Jiménez Asensio selecciona (pág. 176) la siguiente y muy rotunda cita, referida al Espadón de Loja: “Narváz mangoneaba en lo pequeño como en lo grande, y de su secretaría y tertulia salían las notas para el terrorífico desmoche de empleados. El angustioso lamentar de los cesantes que iban cayendo, y el bramido triunfal de los nuevos funcionarios que al comedero subían, formaban el coro de las vanas tertulias de los cafés”.

La Cuarta Serie, por su lado, abarca desde 1848 a 1868: los últimos veinte años de Isabel II. Galdós la escribió cuando iba tomando cuerpo, tras el desastre del 98, lo que iba a conocerse como el regeneracionismo, esa ola recurrente (y siempre fatalmente terminada con un fiasco) en la opinión pública de nuestro país. De las citas que recoge Jiménez Asensio cabe, en un segundo empeño de destilación, sintetizar lo siguiente:

- Pág. 186, con mención a “Pedro Egaña, que venía con pretensiones vascongadas, y a don Pascual Madoz, que solicitaba privilegios para Cataluña”. Pues bien: <<Era un caso irreductible entre los intereses catalanes y vascos (...) los dos pediguños de gollerías, y al oírse la puerta oímos a Narváz que gritaba: “Pero ¿esto es España o la Ermita de San Jarardo que hay en mi tierra, donde cada sacristán no pide más que para su santico. Ea, caballeros, yo estoy aquí para mirar por el padre eterno, que es la nación, y no por los santos catalanes o vascongados”>> (Narváz).

- Pág. 187: “Los cesantes no respetamos nada. Somos una plaga española; somos una enfermedad de la nación, una especie de sarna, y lo menos que podemos pedir es que se nos oiga o se nos rasque. Ningún español se puede librar de nuestro picor”.

Y también : “Bueno es que se muden las tornas y cambien las aguas, para que lo seco se moje y lo mojado se seque; bueno será que se limpien muchos comederos, y se llenen otros que ha tiempo están vacíos”: *Los duendes de la camarilla*.

- Pág. 187, para relatar un cambio gubernamental: “Daba gusto ver la *Gaceta* de aquellos días, como risueña matrona, alta de pechos, exuberante de sangre y de leche, repartiendo mercedes, destinos, recompensas, que eran el pan, la honra y la alegría para todos los españoles o para una parte de tan gran familia (...) Pues en lo civil no digamos! La *Gaceta*, con ser tan frescachona y de libras, no podía con el gran cuerno de Amaltea que llevaba en sus hombros, del cual iba sacando credenciales y arrojándolas sobre innumerables pretendientes, que se alzaban sobre las puntas de los pies y alargaban los brazos para alcanzar más pronto la felicidad. La *Gaceta* reía, reía siempre, y a todos consolaba, orgullosa de su papel de providencia en aquella venturosa ocasión (...), enseñando sus longanizas con que debían ser atados los perros en los años futuros.

Era de ver en aquella temporadita el súbito nacimiento de innumerables personas a la vida elegante o del bien vestir (...) El cesante soltaba sus andrajos, y mientras hacían negocio los sastres y sombrereros, acopiaban los mercaderes del Rastro género viejo en mediano uso. Y a su vez pasaban otros de empleados a cesantes por la ley de turno revolucionario, que no pacífico. Alguna vez había de tocar el ayuno a los orgullosos moderados, aunque fuera menester arrancarles de las mesas con cuchillo, como a las lapas de las rocas” (O’Donnell).

Como también de ahí vienen:

- Pág. 195: “¿Qué es esta España más que un hospicio vuelto? Esas nubes de abogadillos que viven de la nómina, las clases burocráticas y aun los militares, ¿qué son más que turbas de hospicianos? El Estado ¿qué es más que un inmenso asilo?”.

- Pág. 196: “Y para abreviar, digo yo: ¿no sería más sencillo que al decretar las cesantías en un cambio de Gobierno nos reunieran en un patio o en la plaza de toros a todos los cesantes con sus familias respectivas, y poniéndonos en fila delante de un pelotón de soldados, nos vendaran los ojos y nos mandaran rezar el credo...? El jefe de la fuerza daría las voces de ordenanza: ¡Preparen!... ¡apunten!... ¡cesen!... y pataplum... cesábamos... Todas las penas se acaban de una vez”.

Así llegamos a la Quinta Serie de los Episodios Nacionales, dedicada al Sexenio. El primero, *España sin rey*, está escrito entre octubre de 1907 y enero de 1908, cuando Galdós ya es un descreído total: “En el Sexenio las prácticas clientelares no cesaron, sino que tomaron el relevo natural de quienes estaban esperando que llegara su hora: periodistas, algún exgobernador del Bienio en expectación de destino, aspirantes unos, sobreros otros de la política” (pág. 213). En el siguiente, *España trágica*, las opiniones de don Benito no se suavizan: “Aumentaba el número de ricos, y en las clases inferiores aparecía un nuevo grupo miserable, que era el proletariado de levitas y botas de charol. Para esta infeliz caterva social, no había otro refugio que la burocracia. Las oficinas eran conventos modernizadores en que hallaban techo y ropa los segundones de esta edad funesta... A la burocracia o funcionarismo había que atenerse” (pág. 219).

Y, ya en plena desesperanza, en *Cánovas* -último de los Episodios, de 1912- se contiene lo que es un auténtico llanto: “Ni tú ni yo, querido Tito, podemos esperar nada del estado social y político que nos ha traído la dichosa Restauración. Los dos partidos, que se han concertado para turnar pacíficamente en el poder, son dos manadas de hombres que no aspiran más que a pastar en el presupuesto” (pág. 245). *Apaga y vámonos*, pudiera decirse.

4. Hasta aquí, las opiniones de Don Benito, que el libro de Jiménez Asensio reproduce con celo, lo que sin duda le hace acreedor a un aplauso cerrado. Unas

opiniones de las que cabe preguntarse (con todo respeto hacia la legendaria capacidad de observación de Galdós, sin duda un grandísimo sociólogo, y más aún hacia su absoluta ausencia de sectarismo) si en verdad recogen toda la verdad o si, por el contrario, no había en ellas -en los rasgos negativos que se denuncian- un punto de exageración. La Administración isabelina fue igualmente estudiada por un Alejandro Oliván (que la conocía desde dentro) y más tarde vino Manuel Colmeiro y Penido, en ambos casos, y aun partiendo del hecho obvio de nuestro rezago con respecto a Europa y de las disfunciones de las estructuras políticas, con planteamientos más matizados. La transición del Antiguo Régimen al constitucionalismo liberal (no, por supuesto, democrático: para eso habría que esperar en todos lados) resultó en España particularmente ardua, pero no todo era tan indefendible.

La pregunta atinente a la geografía se antoja en efecto muy oportuna: la realidad francesa de la época de Luis Felipe (la que Balzac retrató en *Les employés*, escrito y publicado en 1838; Jiménez Asensio de hecho lo cita) ¿era mucho mejor que la nuestra? Y sobre todo, ¿dónde estaba auténticamente el modelo? Seguramente hay que mirar a la Prusia de las reformas de von Stein y Harzenberg, en el primer tercio del siglo XIX, cuando nació la burocracia como factor de modernización y de contribución a la igualdad efectiva, pero lo cierto es que todo lo que viene de aquella tierra -lo suyo sí que es una auténtica leyenda negra- se mira con prevención o incluso con abierta hostilidad. Por cierto que, una vez más, Alejandro Nieto tiene un libro -*El mito de la Administración prusiana*, editado en 1963 por el Instituto García Oviedo- que puede servir al lector de esta época, sesenta años más tarde, para ir formando un criterio propio.

5. Es muy conocida la frase de Benedetto Croce -algo más que una *boutade*- de que no hay más historia que la historia contemporánea, en el sentido de que, cuando miramos por el retrovisor, en seguida cotejamos los hechos del pasado con lo que tenemos delante de nuestros ojos, el presente inmediato. Nuestra actual Administración -la propia de un Estado salvajemente partidocrático y con una descentralización nada sensata y hecha a trompicones- presenta sin duda muy graves carencias y por eso la pregunta surge a la primera: ¿estamos igual de mal que en la época que retrató Galdós? Y, en caso de respuesta afirmativa, ¿esa dolencia se debe a la inercia del pasado, cuyos defectos no hemos conseguido superar?

Opiniones habrá para todos los gustos, partiendo siempre del hecho de que la Administración de 2023 (particularmente intensiva en personal en los servicios públicos de sanidad y educación, y con una Agencia Tributaria que funciona con tecnologías cada vez más sofisticadas) no tiene nada que ver, ni por lo extenso ni por lo intenso, con la del siglo XIX. El mundo es otro -la historia se ha acelerado- y España

no podía haber quedado al margen. Al lector de estas líneas seguro que le han ido viniendo ideas a la cabeza, en un sentido y en el contrario, conforme iba avanzando.

Jiménez Asensio se atreve a echar su cuarto a espadas en ese debate (lo que los periodistas llaman “la tentación de *editorializar*”, a la que en efecto es difícil sustraerse), como lo revela el propio título que ha puesto a la obra, *El legado de Galdós*, que en rigor podría traducirse como *La subsistencia de los vicios que fueron denunciados por Galdós*. El tal *legado* lo sería más bien el de sus diatribas, que hoy seguirían estando plenamente fundamentadas. La contraportada lo explica con palabras que resultan muy expresivas: “(...) algunos obstáculos tradicionales (la Iglesia, la Corona, la corrupción electoral) se han ido superando con el paso de los años, pero aún perviven escollos detectados magistralmente por Galdós, como esa concepción patrimonial del poder que implica *gobernar para los nuestros*, así como las profundas raíces de clientalismo político”. Es en ese último paso -haber dado el paso de *editorializar* para el periódico del día- donde el extraordinario trabajo de Jiménez Asensio puede quizás no haber convencido a todo el mundo. Aunque no se trata de poner *peros* por ponerlos: el libro es espléndido y el propósito de esta recensión consiste en estimular a su lectura.

6. Una última pregunta para terminar: ya puestos, ¿por qué no hincarle el diente al pensamiento de Larra sobre la Administración de Fernando VII? Desde 2009 contamos con la biografía del primero a cargo de su descendiente Jesús Miranda de Larra y en 2018 publicó Emilio la Parra la suya sobre el Rey felón, que pudiera servir de contexto (y eso sin olvidar la que Sergio del Molino le ha dedicado a Tadeo Calomarde, el gobernante más representativo de esa época tan siniestra). Por supuesto que, para ese nuevo empeño, no todo el mundo vale: tendría que ser el propio Jiménez Asensio o alguien de su nivel (o sea, con veteranía y *expertise*). Pero nadie negará que el resultado igualmente podría acabar siendo del máximo interés.

Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz

**ALMAGRO CASTRO, D. y DÍAZ BRAVO, E., *Temas básicos de Derecho público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 132 pp.**

Esta pequeña obra –por su extensión–, con apariencia de fascículo, es, en realidad, de una ambición impactante. Se trata de la primera parte de varias entregas proyectadas de “temas básicos de Derecho Público”. En palabras de los autores en la introducción, “(e)l objetivo no es otro que poner a disposición del estudiante que, por vez primera se adentra en este sistema de conocimiento, una herramienta útil y accesible que reconociendo las autonomías metodológicas de ambas ramas del Derecho le confiera una visión analítica de conjunto imprescindible para entender la unidad del Derecho en democracia.”

Con esa mirada de estudiante me he sumergido en su lectura y debo decir que me ha parecido apasionante. Y es que esta obra es original y ambiciosa en muchos sentidos: aborda el Derecho público en general (al menos, el constitucional y el administrativo) de forma unitaria; lo trata haciendo abstracción de un concreto ordenamiento, de forma global y, en particular, dando cuenta de las perspectivas estadounidense, europea y latinoamericana; lo hace en perspectiva histórica, actual y de retos de futuro; e incorpora una toma de posición ideológica neta, al menos en esta primera entrega centrada en los aspectos básicos de la arquitectura constitucional.

*A priori*, una obra de esta envergadura podría pensarse más propia de la culminación intelectual de una vida académica, en la que un autor resume y destila todo el aprendizaje de una vida dedicada al estudio. Pues bien, no es el caso. Sus autores son David Almagro Castro, profesor ayudante doctor del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla y Enrique Díaz Bravo, profesor e investigador postdoctoral “María Zambrano” en el Departamento de Derecho administrativo. Ambos están acreditados como profesores contratados doctores por la ANECA y tienen, si no me equivoco, en torno a los cuarenta años. Aún puede hablarse de “jóvenes profesores” –ya que la realidad de la carrera académica está extendiendo ese calificativo hasta edades antes impensables– y, sin embargo, han emprendido una tarea de esta envergadura. El brío del inicio de la carrera académica, y la ambición de la juventud –en la cada vez mayor extensión de este término antes descrita–, “estimulada” por la necesidad de acreditación de méritos en la permanente carrera académica por la acreditación, incluida la elaboración de materiales docentes, les habrán influido probablemente en la decisión de emprender una iniciativa de este grado de ambición. Bienvenidas sean estas circunstancias y esta ambición “juvenil”, que tiene sus pros y que, como todo en la vida, tiene sus riesgos, en la medida en que puede pensarse –sin que sea demostrable– que algunas afirmaciones pueden ser corregidas por su propia maduración académica futura. Cierto es que, en muchos casos, la edad y la experiencia no aseguran la excelencia de los resultados.

La edad no es lo único que comparten los autores, sino también las convicciones –como se destila de sus contribuciones– y la formación –ambos cursaron el Master Universitario de Derecho constitucional de la Universidad de Sevilla, dirigido por Javier Pérez Royo, cuyas posiciones están muy presentes, en cuerpo y alma, en la obra–. El texto que ahora reseñamos refleja de forma evidente estas circunstancias. En efecto se trata de una aproximación al Derecho público “ideológicamente comprometida” u “orientada”. Puede decirse que se trata de un manual de autor –de autores–, no aséptico, que se posiciona en no pocos aspectos frente a concepciones jurídicas llamémoslas clásicas o más generalizadas. A algunos ejemplos me referiré al hacer un recorrido por el contenido de la obra. Esta opción cuenta, de nuevo, con sus pros, en lo que tiene de aportación personal, y sus contras, en la medida en que, si bien honestamente se da cuenta en casi todos los temas de las diversas posiciones, y no sólo de la asumida por los autores, tal vez la decantación firme final por determinados presupuestos y concepciones condicione el aprendizaje, en el nivel inicial formativo para el que estén pensado estos “temas básicos”.

Finalmente, los autores comparten experiencias profesionales y personales, en la medida en que ambos han sido docentes durante años en Universidades chilenas, contando con ese bagaje especial que es el acercamiento a otra realidad. Esta experiencia ha marcado sin duda la decisión de confeccionar un manual desvinculado de un ordenamiento jurídico concreto, que analiza en perspectiva histórica y actual la cuestión a partir de los grandes modelos mundiales, en particular, de la experiencia estadounidense, europea y latinoamericana, lo que creemos que es una gran contribución por su originalidad y por cuanto permite una visión de conjunto y un pensamiento abstracto. Una vez más, tiene, claro, sus contras, porque difícilmente responderá al programa de una asignatura del grado en los planes de estudio, que a su vez parece ser el objetivo confesado de estos “temas básicos”.

Yendo de forma resumida a su estructura e ideas fuerza, la obra se distribuye en seis capítulos.

- El primer capítulo se titula “*La Constitución: de documento político a norma jurídica suprema*”, y su autoría corresponde al profesor David Almagro. Hace un recorrido por los antecedentes históricos de la Constitución, a partir de los modelos estadounidenses, europeo y latinoamericano en el XIX; por el constitucionalismo de entreguerras y por el neoconstitucionalismo, con la consolidación de la Constitución como eje del ordenamiento en Europa y Latinoamérica, para terminar con una reflexión sobre la Constitución como norma jurídica suprema y sus rasgos esenciales.

- El segundo, de la mano del mismo autor, y llamado “*Los derechos fundamentales en la historia constitucional moderna y contemporánea*”, parte de la formación histórica de los derechos fundamentales. Es, probablemente, el más ideológicamente decantado. El

autor considera, acerca de la disputa entre las garantías jurisdiccionales de los derechos individuales y los sociales, que está pendiente de resolución, condicionada “por la primacía del neoliberalismo como ideología dominante”. Afirmación discutible, nos parece, al menos aplicada al ámbito europeo, dominado por un enfoque de “economía social de mercado”, o a los nuevos modelos digamos comunitaristas imperantes en buena parte de países latinoamericanos. Esta toma de posición también puede notarse en la aproximación a los derechos fundamentales en el Estado democrático de Derecho. Para el autor, no habría “Estado de Derecho” sin un mínimo de lo que en otras perspectivas se asocia más bien al Estado social. Y en la misma línea, considera que la posición jurídica que entiende los derechos sociales como disposiciones programáticas o principios de optimización, es “una corriente que, centrándose en un análisis económico tendencioso, suele etiquetarlos apresuradamente como ‘derechos caros o excesivamente costosos’ para la sostenibilidad presupuestaria estatal”. Y, así mismo, que “[...] una buena parte de las violaciones de los Estados en materia de derechos sociales provienen de la infracción de sus obligaciones de abstención; en este sentido, el incumplimiento del principio de no discriminación, obligación negativa, representa la mayoría de dichas vulneraciones”, afirmación que nos parece podría ser puesta en cuestión desde una perspectiva más comúnmente aceptada de la naturaleza de las libertades, los derechos y las obligaciones que de ellos derivan. Es más, también la propia categoría de “Estado democrático” se condiciona, en la concepción del autor, al reconocimiento de prestaciones asociadas en la doctrina clásica al Estado social, de manera que, se defiende, “[...] en todo estado democrático han de existir un grupo de prestaciones universales, es decir, para todos los miembros de la comunidad, en igualdad de condiciones y sin importar la renta o capacidad económica”. Como puede comprobarse, se dota a las cláusulas de “Estado de Derecho” y de “Estado social” de un significado que le ha sido ajeno en su surgimiento histórico y en la teoría política clásica. Este capítulo es rico en tomas de posición de este género, que también se despliegan en torno a la nacionalidad (“La globalización como fenómeno poliédrico, los intensos flujos migratorios como proceso irreversible y la creciente heterogeneidad de las sociedades democráticas exige una respuesta superadora de la nacionalidad como *condictio sine qua non* de la titularidad plena de derechos políticos...”) o en cuanto a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (“La igualdad o paridad jurídica en las relaciones entre los particulares es más una falacia sostenida en el tiempo que una condición real. En las sociedades actuales, de cuño marcadamente capitalista, las asimetrías de poder e influencia han adquirido tal dimensión que resulta ridículo hablar de igualdad entre algunos individuos, las grandes empresas y el común de los particulares”), punto éste en que la exposición tal vez pasa por alto las técnicas de protección de consumidores desarrolladas en el Derecho privado sin necesidad de acudir a la mencionada eficacia horizontal. El capítulo se cierra con una didáctica exposición sobre el desarrollo y regulación de los

derechos fundamentales y las técnicas de la reserva de ley, los límites y el principio de proporcionalidad.

- El tercer capítulo, obra como los dos que le siguen del profesor Enrique Díaz Bravo, se titula *“La separación de poderes en el Estado constitucional”*, y es un apasionante recorrido por el origen, evolución y consolidación de este principio, con las ideas de Locke, Montesquieu o los debates en El Federalista, para terminar describiendo las características generales de la separación de poderes en el Estado democrático, con unas reflexiones atinadas sobre la evolución en el siglo XX hacia un “Estado de partidos” y sus disfunciones desde el punto de vista democrático, que el lector lamenta, por su gran interés, que se ciñan a los Estados con sistema parlamentarios y dejen confesadamente al margen aquéllos con sistema presidencialista.

- El cuarto capítulo aborda *“La justicia constitucional como garantía básica del Estado democrático de Derecho”*. Parte de la desconfianza como presupuesto del constitucionalismo democrático “máxime, en un contexto como el actual de ascenso del populismo y la posverdad, en el cual estas pudieran modificar rasgos esenciales del pacto democrático con consecuencias imprevisibles”. Afirmación sugerente, pero que, así lanzada, y a falta de concreciones de a qué tipo de regímenes y gobiernos se atribuyen, deja al lector en una cierta oscuridad, dado que ambos términos (“populismo” y “posverdad”), se nos antojan armas arrojadas por así decirlo bidireccionales y de uso interesado en el debate político y mediático. Se abordan a continuación los modelos clásicos de Justicia constitucional y el interesantísimo tema de la legitimidad del Tribunal Constitucional como órgano de control de la constitucionalidad de la Ley, calificado de “un problema circular”. Los apuntes son, como decimos, muy atinados, y las medidas preventivas o condiciones apuntadas (entre ellas, “juristas imparciales”, “requisitos objetivos de idoneidad jurídica”) sumergen al lector español en un pozo de melancolía. En todo caso, pese a apuntar honestamente sus riesgos y debilidades, el autor muestra una clara toma de posición en favor de la Justicia Constitucional.

- El penúltimo capítulo se dedica a *“La justicia constitucional en detalle”*. Se abordan el control de constitucionalidad de la ley como función esencial de la Justicia constitucional y los modelos clásicos de control de constitucionalidad de las leyes en EEUU y Europa. Cierra el capítulo una reflexión sobre un tema de gran interés, los pros y contras de los controles preventivos de constitucionalidad, respecto de los cuales a mi juicio tal vez se hace poco hincapié en los primeros (en España, por ejemplo, resulta difícil defender la bondad de la supresión del control previo de leyes orgánicas de aprobación de Estatutos de Autonomía, vista la experiencia).

- Finalmente, el último capítulo, titulado *“La reforma constitucional como garantía de la supremacía constitucional”*, de autoría del profesor David Almagro, reflexiona sobre el

poder constituyente como fundamento del orden constitucional y sobre los posibles límites derivados del Derecho internacional (y sobre la propia “limitación” de estos límites, si se nos permite el juego de palabras), sobre el poder de reforma constitucional y sus límites, calificados no sin razón como “una cuestión espinosa” (de un “asunto tenebroso” podría también haberse tildado, emulando a Balzac). Tema éste último, por cierto, donde de nuevo parece notarse la orientación ideológica (creemos que no oculta y en todo caso buscada y asumida) de la obra, lo que por ejemplo se manifiesta en la falta de mención de la “unidad” como uno de esos límites enumerados, presente en tantas Constituciones, o en la propia valoración del autor de un caso señero en España, que parece un tanto extravagante en una obra singular precisamente por su alcance general y que, nos parece, es, además, discutible (“El uso desmedido de la interpretación sistemática del texto constitucional por los Tribunales Constitucionales o Supremos puede generar una alteración de las competencias naturales del Parlamento en materia de reforma constitucional a favor de aquellos, que acaban por decidir qué puede o no revisarse cuando se trata de conceptos políticamente indefinidos. Baste citar la Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 31/2010) sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, fallo extraordinariamente polémico que produjo los resultados por todos conocidos.”). Discutible, decíamos, tanto por el sentido que parece darle a la polémica (lo fue para unos por exceso y para otros por defecto), como por los resultados que parece anudarle causalmente, como, incluso, por considerar que se trata de un caso de reforma constitucional, como si un Estatuto de Autonomía pudiera hacerla.

En fin, se trata de una obra de la máxima ambición, distinta a las que ofrece el mercado de la manualística universitaria, muy trabajada, valiosa y sugerente y, también, polémica. Todos los ingredientes para el disfrute y el debate intelectual. Si yo fuera alumno de primer curso de grado, habría sin duda despertado mi máximo interés por el Derecho público. Ese es el objetivo final, como apuntamos, de esta obra.

Emilio Guichot

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

**ESPAÑA PÉREZ, J.A.: *Desafíos regulatorios de la movilidad sostenible y su digitalización*. Thomson Reuters Aranzadi, 2022, 429 pp.**

En su monografía *Desafíos regulatorios de la movilidad sostenible y su digitalización*, José Alberto España Pérez realiza un exhaustivo y riguroso análisis jurídico de los retos a los que se enfrenta la implantación de un nuevo modelo de movilidad, la denominada movilidad sostenible e inteligente. Y lo hace atendiendo a las que, a su juicio, constituyen las dos grandes revoluciones que el sector del transporte y la movilidad tiene pendientes para alcanzar ese nuevo modelo, la medioambiental y la digital, íntimamente relacionadas en la medida en que la una debe necesariamente apoyarse en la otra.

Aun pivotando sobre esos dos ejes, la obra objeto de esta reseña se estructura en tres partes: la primera nos introduce en el marco conceptual, competencial, organizativo y normativo de la movilidad sostenible e inteligente, tras lo cual la segunda y la tercera parte abordan, respectivamente, la problemática que entraña la doble transición, la transición verde y la transición digital, en el transporte y la movilidad.

La primera parte del trabajo se divide, a su vez, en dos capítulos, dedicado el primero de ellos a la siempre difícil, pero necesaria delimitación de los principales conceptos de referencia en el ámbito objeto de estudio, y el segundo, al examen de la distribución de competencias, la organización administrativa y la normativa reguladora del mismo.

Para entrar en materia, el capítulo primero nos ofrece una breve, aunque precisa exposición de los impactos medioambientales y sociales del actual sistema de transporte y movilidad, basado en el uso de combustibles fósiles y el predominio del vehículo privado, subrayándose su directa implicación en el cambio climático. Se justifica así la necesidad de su sustitución por un nuevo modelo más sostenible y eficiente, que permita cumplir los objetivos de descarbonización y neutralidad climática fijados por la Unión Europea y reducir los impactos negativos del sector sobre el medio ambiente y la salud de las personas.

Si en todo trabajo de investigación jurídica la precisión y delimitación de los conceptos resulta absolutamente pertinente, en éste lo es de manera especial, dada la pléyade de términos, muchos de ellos anglicismos, que se vienen barajando en torno al fenómeno del transporte y la movilidad y la aplicación al mismo de las nuevas tecnologías. En concreto, el autor analiza los conceptos de *smart city* o ciudad inteligente, *smart mobility* o movilidad inteligente, movilidad sostenible, ciudad conectada y movilidad conectada, apoyándose en un pormenorizado examen de las

definiciones y referencias ofrecidas por organismos internacionales, estrategias, instrumentos planificadores y normas tanto de la Unión Europea como de Derecho interno español, así como de las aportaciones doctrinales más relevantes sobre la materia. Como conclusión España Pérez afirma la proximidad existente entre los conceptos de movilidad inteligente y movilidad sostenible, estimando que un sistema de movilidad inteligente debe ser sostenible desde el punto de vista económico, social y ambiental; no obstante, reconoce que la noción que goza de mayor predicamento a nivel normativo e institucional es la de movilidad sostenible, en cuyas definiciones no suele aludirse de manera explícita a las TIC ni a la inteligencia artificial. Este capítulo se cierra con una clarificadora exposición del significado de diversos términos tecnológicos como internet de las cosas, *open data* y *big data*, muy conveniente para una correcta comprensión de lo que supone o puede suponer la aplicación de las nuevas tecnologías al transporte y los desplazamientos.

El capítulo segundo aborda un tema de inexcusable tratamiento en un Estado descentralizado como el nuestro, la distribución de competencias entre las distintas instancias territoriales. Partiendo de la premisa de la inexistencia en nuestra Constitución de un título competencial específico en materia de movilidad sostenible, el autor repasa los principales títulos competenciales relacionados con esta materia, a saber: transporte, tráfico, medio ambiente, planificación de la actividad económica, energía, ordenación del territorio y urbanismo, y telecomunicaciones, concluyendo que las competencias atribuidas al Estado en los tres primeros ámbitos materiales citados (núms. 21 y 23 del artículo 149.1 de la Carta Magna) constituyen título suficiente para amparar una futura ley estatal de movilidad sostenible. Por su parte, las Comunidades Autónomas pueden esgrimir la competencia de transporte terrestre que discorra íntegramente en su territorio asumida por todos los Estatutos de Autonomía.

A continuación se expone la estructura de los principales órganos de la Administración General del Estado con competencias sobre movilidad sostenible: Ministerios de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana; para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico; del Interior y de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Por último, en este capítulo se hace una somera referencia a las principales leyes estatales relativas a la movilidad sostenible e inteligente, agrupándolas por bloques temáticos, fundamentalmente: Ley de Economía Sostenible, Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, Ley de Cambio Climático y Transición Energética, Ley General de Telecomunicaciones y Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. Se trata, a nuestro modo de ver, de un planteamiento acertado, pues aunque la regulación contenida en tales leyes es sobradamente analizada a lo largo de la segunda y tercera parte de la monografía, su presentación inicial nos sirve para situarnos en el marco normativo de referencia, así como para

evidenciar la carencia en nuestro país de una necesaria ley integral sobre movilidad sostenible e inteligente.

La segunda parte de la obra que reseñamos, intitulada “Transporte y movilidad sostenible”, se ocupa de la transición verde que debe emprender el transporte y la movilidad, vinculada de forma ineludible a la transición energética, ya que esa nueva movilidad va a ser clave para la reducción del consumo de combustibles fósiles. Esta segunda parte está integrada por cuatro capítulos, en los que España Pérez da cumplida cuenta no solo del estado actual de esa revolución ambiental, sino también del rumbo hacia el que ésta debe encaminarse en el futuro.

El capítulo tercero, con el que se abre esta segunda parte, nos ilustra acerca de los numerosos planes y estrategias adoptados a nivel internacional, comunitario e interno para fomentar una movilidad más sostenible y, en general, de todos aquellos que contienen medidas para luchar contra el calentamiento global y que, directa o indirectamente, influyen en el transporte y las formas de desplazamientos. Entre esos planes cabe destacar el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima, que pone el acento en la presencia de las renovables en la movilidad-transporte para la descarbonización del sector; o la Estrategia Española de Descarbonización a Largo Plazo, que pretende que el sector del transporte sea el primero en reducir de forma drástica sus emisiones, alcanzando el objetivo cero neto para 2050.

Dado que buena parte de los desplazamientos de vehículos y personas se producen en espacios urbanos, el capítulo cuarto se centra en el estudio de la movilidad urbana sostenible, describiendo las nuevas tendencias que se están produciendo en ella tanto en lo relativo a innovaciones tecnológicas como en cuanto a la movilidad de bajas emisiones, así como su todavía escasa regulación normativa.

La atención a la movilidad urbana lleva al autor a profundizar en el capítulo quinto de la obra en la incidencia de la planificación de las redes de transporte sobre la movilidad sostenible, haciendo hincapié en la interrelación que a estos efectos debe existir entre la planificación estratégica de infraestructuras del sistema de transporte, el planeamiento urbanístico y territorial -con especial referencia al modelo andaluz- y los planes de movilidad urbana sostenible.

Finalmente, el capítulo sexto se dedica al papel que pueden y deben desempeñar las Entidades locales en la consecución de una movilidad urbana más sostenible, saludable y segura, papel amparado en sus competencias sobre la gestión del sistema viario urbano, bien de dominio público municipal.

La tercera y última parte de la monografía, compuesta por dos capítulos, versa sobre la digitalización del sistema de transportes e infraestructuras, poniendo el foco en los riesgos y desafíos que ésta comporta para la protección de datos personales.

Como ya hemos puesto de manifiesto, para España Pérez la aplicación de las tecnologías digitales al transporte y la movilidad resulta esencial para lograr una movilidad más sostenible. Así, pues, el capítulo séptimo analiza las políticas públicas relativas a la transformación digital de nuestro país, desgranando los diversos planes y estrategias adoptados al respecto con incidencia, directa o indirecta, en el sector del transporte y la movilidad.

En el capítulo octavo, y último, se estudia la problemática jurídica de la digitalización del transporte y la movilidad, sobre todo la posible afectación de derechos fundamentales como la intimidad o la protección de datos personales. En este sentido, tras la exposición del régimen jurídico de la protección de datos en el ámbito administrativo, constituido básicamente por el Reglamento General de Protección de Datos y la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, se ponen de relieve los riesgos y peligros que las iniciativas de movilidad inteligente conllevan para la privacidad de las personas, sin renunciar a la propuesta de posibles soluciones al respecto.

En definitiva, José Alberto España Pérez nos ofrece, siguiendo la metodología clásica de las Ciencias Jurídicas, un estudio riguroso de la movilidad sostenible e inteligente, problemática de máxima actualidad, no exenta de polémica, al exigir la superación del modelo tradicional de transporte y movilidad, en el que están en juego muchos factores de índole económica y social. Ese estudio le obliga a transitar del no siempre preciso ámbito de las políticas públicas llevadas a cabo por las distintas Administraciones Públicas -o que en el futuro han de llevar a cabo- para lograr unos desplazamientos acordes a los objetivos de sostenibilidad y eficiencia ambiental, energética y social, al terreno, que debiera ser más preciso, de los instrumentos normativos necesarios para establecer un marco regulatorio adecuado de este fenómeno. A esta dificultad se añade la del carácter transversal de la materia objeto de análisis, que no puede ser abordada desde un enfoque estrictamente jurídico, sino que implica la necesidad de atender a otras ramas del conocimiento como el urbanismo, la ingeniería, las telecomunicaciones o la informática. El reto de lograr un tratamiento multidisciplinar e integral de la movilidad sostenible no es, pues, menor y es superado muy satisfactoriamente por la obra que reseñamos, convirtiendo su consulta en punto de referencia obligado para todos los que quieran conocer a fondo esta materia.

María del Pilar Castro López

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Administrativo

Universidad de Málaga

**ROBERTO GALÁN VIOQUE (Dir.) et al., La Contratación Pública Sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público, Irene Ruiz Olmo (coord.) y otros, Tirant lo Blanch, 2023**

La obra recopila artículos de diferentes autores sobre el uso del contrato público como herramienta para promover políticas públicas y la obtención de beneficios secundarios no directamente relacionados con el contrato, principalmente de carácter social y ambiental. Los parámetros desarrollados en la jurisprudencia del TJUE sobre los criterios para la inclusión de cláusulas sociales, ambientales o laborales se incorporaron a la Directiva 2014/24 y se reprodujeron en la Ley 9/2017, lo que resultó en importantes novedades. Aunque se somete a críticas y obstáculos para su aplicación, el uso de la contratación pública sostenible se señala como una medida inteligente, ya que implica la conservación de recursos y energía, la reducción de residuos y la contaminación, además de promover prácticas sostenibles.

**Palabras claves:** contratación contrato público sostenible climático.

The work compiles articles from various authors about the use of public contract as a tool for promoting public policies and obtaining secondary benefits not directly linked to the contract, primarily of a social and environmental nature. The parameters developed in the jurisprudence of the CJEU on the criteria for the inclusion of social, environmental, or labor clauses were incorporated by Directive 2014/24 and reproduced in Law 9/2017, which resulted in significant innovations. Even though it is subjected to criticisms and obstacles for its implementation, the use of sustainable public procurement is pointed out as a smart measure, as it implies the conservation of resources and energy, the reduction of waste and pollution, in addition to promoting sustainable practices.

**Key words:** procurement public contract sustainable climate

La obra recopila artículos de varios autores sobre la utilización del contrato público como herramienta para promover las políticas públicas y la obtención de beneficios secundarios no directamente relacionados con el contrato.

En el Capítulo I<sup>1</sup>, el enfoque comienza asumiendo que la innovación introducida por la Ley 9/2017, al transponer al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, es el impulso explícito<sup>2</sup> hacia la búsqueda de beneficios secundarios de sostenibilidad. Se comenzó a

<sup>1</sup> HORGUÉ BAENA, C., “La contratación pública sostenible. Principales novedades introducidas por la Ley 9/2017, de 8 de octubre, de Contratos del Sector Público”, en GALÁN VIOQUE, R. (dir.), RUIZ OLMO, I. (coord.), *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 17-43.

<sup>2</sup> Declaración de intenciones y art. 1 de la Ley 9/2017.

exigir expresamente que las autoridades adjudicadoras consideren<sup>3</sup> la introducción de criterios ambientales y sociales o laborales como parte de las especificaciones técnicas, en la evaluación de las ofertas o como condiciones de ejecución del contrato. Además, Horgué Baena añade que es imprescindible que esta visión estratégica<sup>4</sup> esté conectada a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, además de la utilización eficiente de los fondos públicos “toda vez que la inclusión de consideraciones sociales o ambientales en la contratación pública no pueden soslayar o contravenir estas exigencias primarias”<sup>5</sup>. Los órganos de contratación deben tomar las medidas pertinentes para que la ejecución del contrato respete las obligaciones aplicables en materia ambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la UE, en el derecho internacional y en el derecho interno. También corresponde a los órganos de contratación excluir a las entidades que tengan una condena firme por delitos o infracciones medioambientales o las ofertas anormalmente bajas. Ya durante la vigencia del contrato, la ley prevé multas (por incumplimiento de obligaciones sociales, ambientales o laborales), resolución del contrato (en caso de no pagar los salarios de los trabajadores involucrados) y, además, en caso de incumplimiento de las obligaciones ambientales, sociales o laborales, incluso si participan subcontratistas.

Los parámetros desarrollados en la jurisprudencia del TJUE sobre los criterios para la inclusión de cláusulas sociales, ambientales o laborales fueron incorporados por la Directiva 2014/24 y reproducidos en la Ley 9/2017. La principal innovación, como señala Horgué Baena, radica en una mayor flexibilidad en relación con la vinculación al objeto del contrato, permitiendo que se refiera a cualquier etapa del ciclo de vida de la prestación. Es decir, “las prescripciones técnicas se pueden referir tanto al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, de los suministros o de los servicios como a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material,

---

<sup>3</sup> Art. 1.3: “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia e la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”. Según la autora, la incorporación no es obligatoria, dada la expresión “siempre que”, pero será obligatoria la consideración por parte de los organismos de contratación sobre los aspectos sociales y medioambientales.

<sup>4</sup> La autora advierte que las contrataciones públicas estratégicas en sentido estricto y aquellas contrataciones públicas que, siguiendo la orientación de la Ley en relación a los aspectos ambientales o sociales, se han celebrado de manera a buscar su actividad material (objeto de interés), tienen naturalezas distintas, aunque puedan indirectamente contribuir a la efectividad de las políticas sectoriales.

<sup>5</sup> HORGUÉ BAENA, C. (2023: 24).

en sintonía con la nueva manera de entender la vinculación de las determinaciones contractuales con el objeto del contrato”<sup>6</sup>.

Además, la autora destaca que “la Directiva siga utilizando en el artículo 67 el concepto de ‘oferta economicamente más ventajosa’ para referir el proceso de adjudicación, se recoge ahora que puede determinarse sobre la base del ‘precio-coste’, o bien utilizando ‘la mejor relación calidad-precio’, nociones que permiten atender con mucha mayor amplitud los aspectos de la contratación sostenible”<sup>7</sup>.

La Ley 9/2017 (art. 146.2) establece la aplicación prioritaria de criterios de adjudicación que estén relacionados con el objeto del contrato y que puedan valorarse objetivamente, en las fases y parámetros indicados en los pliegos. Sin embargo, algunos tipos de contratos, debido a su conexión con fines sociales o ambientales, deben someterse a más de un criterio de adjudicación, de acuerdo con el art. 145.3.

Otra innovación señalada por la autora es la lista taxativa de criterios de desempate (art. 147.1). Sin embargo, subraya que hay cierta incoherencia en que esta lista solo incluye criterios de naturaleza social o laboral (no ambiental).

Dado que la ejecución es reconocida por la Comisión Europea como la etapa más apropiada para incluir aspectos sociales relacionados con las cuestiones de empleo y condiciones laborales de los trabajadores involucrados en la ejecución del contrato, las estrategias exitosas de la Directiva de 2004 se mantuvieron en la Directiva de 2014. En este mismo sentido, la LCSP (art. 202) añade que al menos una de las condiciones económicas de ejecución del contrato debe relacionarse con la innovación, de tipo ambiental o de tipo social, en consonancia con un listado ejemplificativo.

También en la fase de ejecución, los órganos de contratación pueden exigir una etiqueta o un certificado de organismos de evaluación, siempre que estén vinculados con el objeto del contrato y permitan la presentación de un documento o de un informe de prueba equivalente.

El incumplimiento de las obligaciones especiales de ejecución puede ser causa de resolución del contrato o de infracción grave, incluso con prohibición de contratar, siempre que concurra dolo, culpa o negligencia, con imposición de penalidades o indemnización por daños y perjuicios.

El cumplimiento de las cláusulas sociales o laborales y ambientales también se impone a los subcontratistas, aunque el contratista tiene total responsabilidad por la ejecución ante la Administración (art. 215.4 LCSP).

---

<sup>6</sup> HORGUÉ BAENA, C. (2023: 31).

<sup>7</sup> HORGUÉ BAENA, C. (2023: 34).

En la continuación de la obra, Tavares da Silva expone, en el Capítulo II<sup>8</sup>, sobre los principios fundamentales del Derecho europeo<sup>9</sup>, además de los principios de la integración ambiental (art. 11 del TFUE) y de la cooperación leal entre los Estados miembros (art. 4, n° 3 del TFUE). Por otro lado, destaca que la incorporación de criterios ambientales y sociales en los contratos públicos contraviene sus principios, en particular el de la no discriminación, que prohíbe medidas que restrinjan la libre adquisición de bienes y servicios, además de promover la competencia en el mercado interno y la eficiencia del gasto público. Además, la inclusión de los criterios sociales y ambientales exigió la creación de nuevos conceptos, como “el coste según el ciclo de vida”<sup>10</sup>, que carece de sustrato jurídico, ya que está compuesto precisamente por criterios no jurídicos. Según la autora, la combinación de estos dos sistemas configura la creación de un subsistema de naturaleza híbrida. La imposibilidad de integrar ambos sistemas conduce, según la autora, al incumplimiento de las normas de uno de ellos. El más divergente sería el “derecho social”, al imponer la contratación de trabajadores por criterios de inclusión social, no competencia y eficiencia. Como resultado, los Estados y las autoridades adjudicadoras recurren a la posibilidad de no aplicar estas normas de contratación sostenible. Sin embargo, el riesgo, según la autora, es que la Unión Europea cambie el enfoque e imponga a los Estados la aplicación de estas normas, tal como ya se percibe en los Fondos Next Generation.

Por otro lado, Díaz Bravo, en el Capítulo III<sup>11</sup>, menciona los Fondos Next Generation como ejemplo de instrumento que contribuye a la recuperación económica y, además, agrega beneficios secundarios de reparación y transformación social y ambiental. Al tratar sobre la implementación de estrategias exitosas, el autor analiza las nuevas políticas públicas adoptadas en Chile, sobre todo en lo que respecta a la digitalización de la Administración Pública. Entre las medidas adoptadas, merecen especial mención la Política de Identidad Digital Única<sup>12</sup>, la Política Cero Filas<sup>13</sup> y la Política Cero Papel<sup>14</sup>. El autor destaca que estas políticas representaron una mayor

---

<sup>8</sup> TAVARES DA SILVA, S., “La apuesta de la Unión Europea por la contratación pública sostenible”, en GALÁN VIOQUE, R. (dir.), RUIZ OLMO, I. (coord.), *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 45-61.

<sup>9</sup> “principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de ellos, tales como la igualdad de trato, la no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia” (principios originados del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y expresados en los considerandos de las Directivas de 2014)

<sup>10</sup> TAVARES DA SILVA, S. (2023: 60).

<sup>11</sup> DÍAZ BRAVO, E., “Modernización estratégica del Estado y compra pública sostenible en Chile: cero papel y compra ágil”, en GALÁN VIOQUE, R. (dir.), RUIZ OLMO, I. (coord.), *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 63-77.

<sup>12</sup> Reúne en un único registro la autenticación digital del ciudadano ante la Administración Pública.

<sup>13</sup> Simplificación y digitalización de los trámites realizados por las entidades públicas.

<sup>14</sup> Eliminación progresiva del papel.

eficiencia, agilidad, transparencia, rastreabilidad y economía de recursos. De esta simplificación de procedimientos y economía de recursos, se obtuvieron beneficios medioambientales de manera accidental, es decir, sin que se hayan considerado en un plan estratégico. Por tal motivo, el autor defiende que los impactos de las medidas estratégicas adoptadas deben ser analizados mediante instrumentos, procedimientos y metodologías, junto con aplicaciones e inteligencia artificial.

Ruiz Olmo también aborda, en el Capítulo IV<sup>15</sup>, de manera comparativa, la incorporación de consideraciones sociales y ambientales, pero en relación con las comunidades autónomas. Destaca el pionerismo de Andalucía al impulsar el empleo de personas con discapacidades y la accesibilidad de los servicios públicos, tanto para los sectores públicos como para las empresas licitadoras. Otra preocupación de Andalucía que se reflejó en la legislación fue el cambio climático. Se establecieron criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución para promover la adaptación y mitigación de los efectos del cambio climático, además de fomentar la transición a un nuevo modelo energético. También existe la previsión de inclusión en los pliegos de cualquier fase de cláusulas administrativas particulares relacionadas con la huella de carbono.

Por otro lado, Asturias, a pesar de no tener una ley propia en la materia, contempla en su Anteproyecto de Ley de sostenibilidad y protección ambiental, instrumentos voluntarios para la integración en la contratación pública verde de criterios medioambientales, preservando la libre concurrencia y las reglas de competencia. La Comunidad Autónoma de Cantabria ha formado su propio catálogo de cláusulas voluntarias a incluir en las distintas fases del procedimiento y fomenta la inclusión de criterios y cláusulas sociales, relacionadas con el empleo y la igualdad de género. En Aragón, el abono de salarios se considera como una condición especial de ejecución. Su legislación también contempla el fomento de la contratación con los “centros especiales de empleo de iniciativa social y a empresas de inserción”. Además, se observa en la legislación de Aragón - y también en la de Extremadura - el fomento de la participación de las pequeñas y medianas empresas en las licitaciones.

En la continuación de la obra, en su Capítulo V<sup>16</sup>, como explica Manuel Andrés Navarro Atienza, Ex-Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, el control de la correcta aplicación de la normativa sobre contratación pública se realiza mediante el recurso especial, gracias a la agili-

---

<sup>15</sup> RUIZ OLMO, I., “Panorama de la regulación autonómica de las cláusulas sociales y ambientales”, en GALÁN VIOQUE, R. (dir.), RUIZ OLMO, I. (coord.), *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 79-104.

<sup>16</sup> NAVARRO ATIENZA, M. A., “El recurso especial en materia de contratación como instrumento al servicio de la consecución de una contratación pública sostenible”, en GALÁN VIOQUE, R. (dir.), RUIZ OLMO, I. (coord.), *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 105-127.

dad de su tramitación, la independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales y la eficacia de sus resoluciones. Se le llama “especial” en contraste con los anteriores recursos ordinarios de alzada y de reposición y está vinculado a los contratos previstos en el artículo 44.1 de la LCSP. Es una forma de control de legalidad facultativo y de revisión. Como consecuencia de su agilidad, contempla la posibilidad de suspensión del procedimiento de adjudicación, lo que favorece la obtención de tutela restitutiva, frente a la tutela resarcitoria. Además, tiene su efectividad garantizada por la ejecución directa de sus resoluciones. El autor destaca que, en caso de revisión de las resoluciones por la jurisdicción contencioso-administrativa, los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales no figurarán como demandados, sino las personas o Administraciones beneficiadas por el acto objeto del recurso.

El autor también señala las principales resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de las cuales se extraen las conclusiones de que: 1) los pliegos no impugnados constituyen la ley del contrato y no pueden ser cuestionados legalmente más adelante<sup>17</sup>; 2) la legitimidad de los sindicatos para impugnar los pliegos está subordinada a demostrar que, en las circunstancias previstas en los pliegos, es deducible que el empresario va a incumplir reglas sociales o laborales relacionadas con los trabajadores que participen en la realización de la prestación<sup>18</sup>; 3) los criterios de adjudicación deben estar vinculados al objeto del contrato<sup>19</sup>; 4) el compromiso del empresario de aumentar el salario de los empleados no es un criterio de adjudicación válido, ya que no está vinculado al contrato<sup>20</sup>; 5) la presentación de certificados emitidos por organismos independientes de que el empresario cumple con las normas de garantía de calidad y gestión medioambiental es válida como requisito de solvencia técnica, no como criterio de adjudicación<sup>21</sup>.

Fernández Scagliusi apunta, en el Capítulo VI<sup>22</sup>, el cálculo del costo del ciclo de vida de los productos y servicios como una de las principales novedades introducidas por la LCSP. La mejor relación calidad-precio se evalúa en función de criterios económicos y cualitativos, teniendo en cuenta su sostenibilidad, lo que plantea dificultades y desafíos para su implementación. El primero de ellos tiene que ver con la

---

<sup>17</sup> Resolución 401/2019, p. 115.

<sup>18</sup> Resoluciones 157/2020 y 175/2020, pp. 117 y 118.

<sup>19</sup> Resolución 400/2020, pp. 119-120.

<sup>20</sup> Resoluciones 150/2019 y 412/2020, pp. 120-121.

<sup>21</sup> Resoluciones 229/2020 y 115/2015, pp. 121-127.

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A., “La ‘ecologización’ y ‘socialización’ de los criterios de adjudicación. En particular, el cálculo del ciclo de vida de los productos”, en GALÁN VIOQUE, R. (dir.), RUIZ OLMO, I. (coord.), *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 129-143.

exigencia de justificar expresamente en el expediente de contratación que este es un criterio de adjudicación. Por otro lado, el propio cálculo del costo del ciclo de vida presenta cierta complejidad, al considerar los costos de inversión, explotación, mantenimiento y eliminación al final de la vida, siempre teniendo en cuenta los costos medioambientales y sociales. En busca de simplificar y promover su uso, la Comisión Europea ha proporcionado algunas herramientas para este cálculo<sup>23</sup>. El uso del criterio del costo del ciclo de vida contribuye a la reducción de costos, la flexibilización del concepto de “valor” y aumenta la transparencia sobre los futuros costos operativos. Sin embargo, el principal desafío para su adopción es la previsión de criterios claros de aplicación, evitando disparidades metodológicas y garantizando la comprensión de aquellos encargados de aplicarlo.

González Bustos, en el Capítulo VII<sup>24</sup>, destaca la posibilidad de adoptar criterios de adjudicación de carácter social en los contratos públicos, lo que convierte a estos contratos en una importante herramienta para promover la igualdad de género, el ODS 5. La autora señala que la perspectiva de género puede tenerse en cuenta en las diferentes fases de la contratación, siempre y cuando esté relacionada con el objeto del contrato y contribuya a una mejor relación calidad-precio y a la eficiencia en el uso de los fondos públicos. Las particularidades sociales del producto pueden certificarse a través de etiquetas concretas o un medio de prueba equivalente. La autora subraya que la incorporación de estos criterios sociales depende de una formulación objetiva, con el fin de respetar los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y de no conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada<sup>25</sup>.

En el Capítulo VIII<sup>26</sup>, Román Márquez destaca que las características ambientales y sociales de un producto o servicio pueden ser demostradas a través de etiquetas y certificados. Según el Derecho de la Unión Europea y el Derecho español, solo se reconocen las “etiquetas ambientales certificadas por terceras partes”, es decir, expedidas por partes independientes de los productores de bienes o prestadores de servicios.

---

<sup>23</sup> Disponibles en la página oficial de la Unión Europea dentro de su sección de Green Public Procurement, p. 138.

<sup>24</sup> GONZÁLEZ BUSTOS, M.A., “La contratación pública con perspectiva de género”, en GALÁN VIOQUE, R. (dir.), RUIZ OLMO, I. (coord.), *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 145-171.

<sup>25</sup> GONZÁLEZ BUSTOS, M. A. (2023: 161).

<sup>26</sup> ROMÁN MÁRQUEZ, A., “Etiquetas ambientales y sociales en la contratación pública. Régimen jurídico y doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”, en GALÁN VIOQUE (dir.), R. RUIZ OLMO, I. (coord.), *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 175-198.

Además, el autor señala la existencia de otras dos categorías de etiquetas de valor y utilidad reducidos: las “Autodeclaraciones ambientales” y la “Etiqueta de información de producto”<sup>27</sup>. Durante la fase de preparación del contrato, la entidad contratante puede hacer referencia a una etiqueta específica para establecer las características que deben cumplir las obras, servicios y suministros a contratar.

A pesar de no estar previsto en el artículo 127.2 de la LCSP, se puede requerir una etiqueta durante la fase de admisión de los licitadores. Las etiquetas también pueden ser requeridas en la fase de selección de la oferta o en la fase de ejecución del contrato. Lo crucial es que los pliegos de contratación determinen de manera clara y explícita el momento en el que el adjudicatario debe disponer de la etiqueta solicitada. Además, las etiquetas deben ser accesibles para las partes, contener requisitos objetivos y no discriminatorios, derivados de un procedimiento abierto y transparente, sin la influencia del empresario y que no restrinjan la innovación.

La exigencia de etiquetas debe cumplir dos requisitos: vinculación al objeto del contrato y adecuación a las características de la prestación a contratar. El ejemplo que aporta Román Márquez en el Capítulo VIII es particularmente ilustrativo de cómo deben aplicarse las etiquetas en el contexto de la contratación pública. Refiere a la Resolución nº 638/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que establece que una etiqueta debe hacer referencia a características o circunstancias que sean específicas al contrato a ser adjudicado. Por tanto, en el caso de un contrato para el suministro de energía eléctrica, el Tribunal consideró que no era pertinente exigir una etiqueta que certificase las características ambientales de la energía suministrada por el contratista en el año anterior. Esto se debe a que tal requisito no estaba directamente vinculado con el objeto concreto del contrato.

Como alternativa a las etiquetas, el legislador previó la posibilidad de demostrar las características requeridas a través de medios equivalentes de prueba<sup>28</sup>. Por esta razón, los pliegos de contratación deben especificar claramente los requisitos necesarios para la concesión de las etiquetas requeridas, de manera que los licitadores puedan, en su defecto, proporcionar medios de prueba alternativos que demuestren el cumplimiento de las características exigidas.

Desde otra perspectiva, Galán Vioque destaca, en el Capítulo IX<sup>29</sup>, el protagonismo que la negociación colectiva adquirió con la Ley 9/2017. Las remuneraciones establecidas en los convenios sectoriales son el nivel mínimo de remuneración de los

---

<sup>27</sup> ROMÁN MÁRQUEZ, A. (2023: 175).

<sup>28</sup> Art. 127.3 LCSP.

<sup>29</sup> GALÁN VIOQUE, R., “El encaje de los convenios colectivos en la contratación pública”, en GALÁN VIOQUE, R (dir), RUIZ OLMO, I. (coord.), *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 199-223.

trabajadores encargados de la ejecución de los contratos públicos. El incumplimiento de esta regla es causa de resolución del contrato. También se considerarán estos valores para el cálculo del “presupuesto base de licitación” y para la identificación de ofertas anormalmente bajas. El autor destaca que la falta de precisión en la redacción de la Ley genera discusión sobre la prevalencia de los convenios de empresa sobre los sectoriales. Puede exigirse a los nuevos contratistas la subrogación de trabajadores, como resultado de una norma legal, convenio colectivo o posterior negociación colectiva de carácter general. Por lo tanto, solo si se impone jurídicamente, puede figurar como criterio de adjudicación, siempre que esté expresamente previsto en el pliego. De esta manera, se percibe en el contrato público también el uso como herramienta para controlar el cumplimiento de la legislación laboral y los convenios colectivos. El autor destaca que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya ya ha rechazado la posibilidad de que se puedan introducir en los pliegos mejoras salariales por encima de las retribuciones establecidas en los convenios sectoriales como una condición especial de ejecución. Por otro lado, destacó que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya considera que la cláusula que impone una mejora salarial es válida como criterio de adjudicación o como condición especial de ejecución. En esta cuestión, es interesante el contrapunto con las Resoluciones 150/2019 y 412/2020 –referidas por Manuel Andrés Navarro Atienza en el capítulo V– en las que el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía consideró que el compromiso del empresario de incrementar el salario de los empleados no es un criterio de adjudicación válido, ya que no está vinculado al contrato.

En el último Capítulo X<sup>30</sup>, Sarasíbar Iriarte enfatiza la previsión explícita en el artículo 31 de la actual Ley de cambio climático sobre el uso de la contratación pública como herramienta para su implementación. La autora destaca que la aplicación del principio de integración contenido en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea ha acercado la contratación pública al Derecho Ambiental. La contratación verde fomenta un uso más sostenible de los recursos naturales e incentiva la innovación en eco-tecnologías. Sin embargo, para evitar ofender el principio de no discriminación, garantizar el libre acceso a la licitación, la igualdad de trato y la máxima competencia, la autora considera que las cláusulas ambientales no deberían figurar como criterio de solvencia, sino como criterio para identificar la oferta más ventajosa. Alega que los criterios ambientales deben permear criterios de adjudicación específicos y constituyen un beneficio adicional al meramente económico.

---

<sup>30</sup> SARASÍBAR IRIARTE, M., “La contratación pública como una herramienta eficaz en la lucha contra el cambio climático”, en GALÁN VIOQUE, R. (dir.), RUIZ OLMO, I. (coord.), *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 225-241.

De la lectura de los argumentos de los autores mencionados anteriormente, se deduce que la contratación pública es susceptible de incluir en su procedimiento criterios de naturaleza ambiental, social y laboral, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y se prevean expresamente en el anuncio de licitación, en los pliegos o documentos contractuales. Su implementación, sin embargo, enfrenta el desafío de preservar el respeto a los principios rectores de los contratos públicos, sobre todo en lo que respecta a la no discriminación, la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato entre los licitadores, además de la utilización eficiente de los fondos públicos.

Actualmente, la adquisición pública sostenible se presenta como una de las tácticas europeas para el incremento económico, además de representar la realización de diversos acuerdos y compromisos internacionales asumidos, como es el caso del Acuerdo de París o los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Por un lado, las Directivas de cuarta generación introducen nuevas reglas y requisitos a ser insertados en el procedimiento de contratación pública, por otro lado, se lanzan incentivos económicos para su implementación, materializado a través de los Fondos Next Generation, surgidos concurrentemente con el Pacto Verde.

Según Gimeno Feliu (GIMENO FELIU, 2021), “La visión estratégica de la contratación pública no es una simple ‘corriente ideológica’. Es mucho más, al ser el ‘corazón’ de una nueva arquitectura institucional en la materia”<sup>31</sup>.

Además de la Ley 9/2017, la previsión del artículo 31 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética es también un claro ejemplo del reconocimiento del legislador español a la importancia y eficacia del uso de los contratos públicos como herramienta para obtener beneficios secundarios de carácter sostenible.

De esto se puede inferir que la utilización de la contratación pública sostenible es una medida inteligente, ya que implica la conservación de recursos y energía, la disminución de desechos y la contaminación, y la promoción de prácticas sostenibles. Es un instrumento útil no solo para disminuir el impacto ambiental del consumo público, sino también para guiar a los operadores económicos hacia estándares de protección ambiental y social y promover nuevas formas de consumo y producción.

Nicole Chaves Anicet

---

<sup>31</sup> GIMENO FELIU, J., “Los Fondos Next Generation y el contrato público: hacia una nueva cultura de sostenibilidad”, en *Revista Diecisiete: Investigación Interdisciplinar para los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 2021 (julio 2021), pp. 213-224.



I A A P