

Revista Andaluza de Administración Pública

■ **117/2024**
Enero-Junio

ESTUDIOS

Carmen Chinchilla Marín

La revisión de oficio de los actos nulos y sus límites: una reflexión crítica

Emilio Guichot Reina

La transparencia de los algoritmos desde la normativa sobre transparencia y acceso a la información pública

Juan Gálvez Galisteo

El Decreto –Ley Autonómico: consideraciones acerca de una figura normativa en auge

José Luis Fuentes Alcaide

Guardas rurales y vigilancia de caminos públicos rurales ¿Seguridad pública o privada?

Consuelo Doncel Rodríguez

La aplicación de prohibiciones de contratar derivadas de un incumplimiento del licitador o contratista en el ámbito de la administraciones públicas

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Carga de la prueba de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial sanitaria de la administración, conforme a la jurisprudencia

(Marta María Sánchez García)

Esopo y el urbanismo andaluz: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 25/2024, de 13 de febrero, sobre la LISTA

(Salvador Martín Valdivia)

CRONICAS Y DOCUMENTOS

Las competencias de las entidades locales para la protección de los animales de compañía a la luz de la nueva Ley de Derechos y el Bienestar de los animales: especial referencia a Andalucía

(M^{ra}. Luisa Roca Fernández-Castanys)

BIBLIOGRAFIA



Junta de Andalucía
Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública
Instituto Andaluz de Administración Pública



UNIVERSIDAD
de SEVILLA



REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nº 117

Enero - Junio 2024

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^a Gema. *Directora General de Estrategia Digital. Junta de Andalucía.*
Pérez Pino, M^a 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 Ríos, 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

Sitio web:

www.raapdigital.es

ISSN: 3020-6731, Depósito Legal: SE 677-2024.

Talleres: Servicio de Publicaciones y BOJA

Suscripción anual (2 números): 24 euros. (IVA incluido)

Número suelto: 12 euros. (IVA incluido)

Pedidos y suscripciones: Instituto Andaluz de Administración Pública

Servicio de Documentación y Publicaciones

Calle Torneo núm. 26

41002 SEVILLA

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

www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica

Email: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es





SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

Carmen Chinchilla Marín	
<i>La revisión de oficio de los actos nulos y sus límites: una reflexión crítica</i>	19
Emilio Guichot Reina	
<i>La transparencia de los algoritmos desde la normativa sobre transparencia y acceso a la información pública</i>	77
Juan Gálvez Galisteo	
<i>El Decreto-Ley Autonómico: consideraciones acerca de una figura normativa en auge</i>	117
José Luis Fuentes Alcaide	
<i>Guardas rurales y vigilancia de caminos públicos rurales ¿Seguridad pública o privada?</i>	145
Consuelo Doncel Rodríguez	
<i>La aplicación de prohibiciones de contratar derivadas de un incumplimiento del licitador o contratista en el ámbito de la administraciones públicas</i>	165

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Carga de la prueba de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial sanitaria de la administración, conforme a la jurisprudencia (Marta María Sánchez García)	193
Esopo y el urbanismo andaluz: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 25/2024, de 13 de febrero, sobre la LISTA (Salvador Martín Valdivia)	229

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN

Las competencias de las entidades locales para la protección de los animales de compañía a la luz de la nueva Ley de Derechos y el Bienestar de los animales: Especial referencia a Andalucía <i>(M^a Luisa Roca Fernández-Castany)</i>	275
--	-----

BIBLIOGRAFÍA

Berta Bastús Ruiz, Mecanismos para la ampliación del parque público de vivienda. El impacto de la Ley estatal por el derecho a la vivienda”, Atelier Libros Jurídicos, año 2023 <i>(Gemma Busquets Arnau)</i>	311
Pablo de Lora del Toro, Los derechos en broma. La moralización de la política en las democracias liberales., Ediciones Deusto, Barcelona, 2023 <i>(Emilio Guichot Reina)</i>	313
Elsa M. Álvarez González, Régimen jurídico de la despoblación en España: Reforma territorial, transformación digital y valorización del patrimonio natural y cultural. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2023 <i>(Paula M^a Tomé Domínguez)</i>	317
Federico A. Castillo Blanco y Juan Francisco Pérez Gálvez (Dir.) Susana E. Castillo Ramos-Bossini (coord.) Nuevas fórmulas de prestación de servicios en la era digital.) Dykinson, Madrid, 2024 <i>(María Bernad Furest)</i>	322

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

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



La revisión de oficio de los actos nulos y sus límites: Una reflexión crítica

Ex officio review of invalid acts and its limits: A critical reflection

Carmen Chinchilla Marín

Catedrática de Derecho Administrativo

Universidad de Alcalá

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. LAS CONTRADICCIONES DE LA REGULACIÓN DE LA REVISIÓN DE LOS ACTOS EN VÍA ADMINISTRATIVA, EN GENERAL, Y DE LA REVISIÓN DE OFICIO, EN PARTICULAR. 1. Recursos sujetos a plazo y acción de nulidad sin plazo. 2. Revisión de oficio “en cualquier momento”, pero siempre que no haya transcurrido demasiado tiempo. 3. Una misma denominación -revisión de oficio- para designar un supuesto de autotutela (anulación por la propia Administración de los actos administrativos viciados de nulidad) y un supuesto de heterotutela (anulación por los Tribunales de los actos anulables). 4. Procedimientos regulados para supuestos distintos que pueden ser intercambiables. 5. Las garantías y los límites de la revisión de oficio carecen de sentido cuando la revisión se produce a solicitud del interesado frente a actos desfavorables o de gravamen. III. LAS DUDAS E INCERTIDUMBRES QUE PLANTEAN LOS LÍMITES DE LA REVISIÓN DE OFICIO. 1. La prescripción de acciones. A. La interpretación de “la prescripción de acciones”, como límite de la revisión de oficio, en las sentencias del Tribunal Supremo. Especial referencia a la Sentencia 19/2017, de 11 de enero. B. Una propuesta de interpretación alternativa. 2. El transcurso del tiempo. 3. La revisión de oficio y el límite de la cosa juzgada. IV. LA REGULACIÓN DE LA REVISIÓN DE OFICIO EN OTROS PAÍSES: FRANCIA, ITALIA, ALEMANIA Y PORTUGAL. V. LOS LÍMITES DE LA REVISIÓN DE OFICIO COMO MECANISMO DE CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS QUE DESMIENTE LOS PRINCIPIOS “*QUOD AB INITIO NULLUM EST NON*

Recibido: 15-03-2024

Aceptado: 19-04-2024

POTEST TRACTO TEMPORE CONVALESCERE” Y “*QUOD NULLUM EST NULLUM EFFECTUM PRODUCIT*”. VI. A LA BÚSQUEDA DEL DIFÍCIL PERO NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.

1. La necesidad de que la revisión de oficio se reserve exclusivamente a las Administraciones públicas. 2. La necesidad de someter a plazo la anulación de los actos administrativos declarativos de derechos. 3. La necesidad de reconocer que el acto nulo produce efectos y debe considerarse válido mientras no se anule por la Administración o por los órganos judiciales competentes.

RESÚMEN: En este artículo se lleva a cabo una reflexión crítica sobre la revisión de oficio de los actos administrativos nulos. Tras poner de manifiesto algunas incoherencias de la regulación de la revisión de los actos en vía administrativa, el artículo se centra en estudiar los límites de la revisión de oficio y sus efectos sobre los actos que, siendo originariamente nulos, se conservan para garantizar la seguridad jurídica y la confianza legítima de los interesados. Tras hacer una breve exposición sobre el régimen de la revisión de oficio en Francia, Italia, Alemania y Portugal, se cuestiona el principio *quod nullum est nullum effectum producit* y se termina haciendo algunas propuestas que podrían servir para alcanzar el difícil pero deseable equilibrio entre legalidad y seguridad jurídica.

ABSTRACT: This article is a critical reflection on the ex officio review of null and void administrative acts. After highlighting some inconsistencies in the regulation of ex officio review of administrative acts, the article focuses on the limits of ex officio review and its effects on acts that, although originally null and void, are preserved in order to guarantee legal certainty and the legitimate expectations of the interested parties. After a brief presentation of the ex officio review regime in France, Italy, Germany and Portugal, the article questions the principle of *quod nullum est nullum effectum producit* and ends with some proposals that could serve to achieve the difficult but desirable balance between legality and legal certainty.

PALABRAS CLAVES: Revisión de oficio de los actos nulos. Límites de la revisión de oficio. Conservación de los actos originariamente nulos.

KEYWORDS: Ex officio review of null and void acts. Limits of ex officio review. Preservation of acts that were originally null and void.

I. INTRODUCCIÓN

En varios trabajos publicados en los últimos años, prestigiosos administrativistas han reflexionado en términos críticos sobre esta importante categoría del Derecho

Administrativo que es la revisión de oficio y, más concretamente, sobre los límites de su ejercicio. Uno de ellos, el profesor J. A. Santamaría Pastor, ha destacado la singularidad de la revisión de oficio y cuestionado la pervivencia de lo que ha calificado de “peculiar instituto que no existe en ningún país del mundo”¹. Otro, el profesor F. López Menudo, se ha referido a ella diciendo que es una “institución a revisar”².

Además de los dos autores citados, y en un excelente trabajo sobre los problemas que todavía tiene pendientes esta vieja institución que es la revisión de oficio, el profesor A. Galán Galán se ha centrado en el estudio de la revisión de oficio desde la perspectiva de su coexistencia con figuras afines, destacando no solo la confusión terminológica que caracteriza a esta regulación, sino, sobre todo, su deficiente tratamiento sistemático³. Finalmente, y entre otros importantes trabajos publicados sobre la revisión de oficio en los últimos años⁴, merece ser destacada la monografía de la profesora E. Menéndez Sebastián, centrada en el estudio de los límites que la ley establece al ejercicio de la potestad de revisión de oficio, cuestión sobre la que pone de manifiesto que se trata de una materia “enturbiada” por las dudas y por la falta de unanimidad tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia y en los órganos consultivos⁵.

Con tantos y tan buenos trabajos ¿tiene sentido seguir reflexionando sobre la revisión de oficio de los actos nulos, en general, y sobre sus límites, en particular? En mi opinión sí, y explicaré por qué.

Desde que a finales de la década de los 80, el profesor J. A. Santamaría Pastor tuvo la amabilidad de invitarme a realizar un estudio de la jurisprudencia sobre la invalidez de los actos administrativos y sobre la revisión de oficio⁶, he seguido reflexionando sobre esta peculiar categoría jurídica que, sorprendentemente, resulta ser, al mismo tiempo, una potestad administrativa ejercida de oficio por la Administración y una acción de nulidad ejercida a instancia del interesado y, en ambos casos, sin plazo. Con el paso de los años, la docencia y la práctica del Derecho Administrativo no han hecho más que acrecentar mi interés por esta institución que tiene una regu-

¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Los límites en el ejercicio de la potestad de la revisión de oficio”, en la *Revista Española de la Función Consultiva*, núms. 30 y 31, julio (2018)-junio (2019), pp. 180-181.

² LÓPEZ MENUENDO, F. “La Revisión de oficio, imperio de la discrecionalidad”, en la *Revista de Administración pública*, (RAP), n° 217, 2022, p. 15.

³ GALÁN GALÁN, A. “Problemas pendientes de la revisión de oficio a la luz de la doctrina de los órganos consultivos”, en la *Revista Española de la Función Consultiva*, núms. 30 y 31, julio (2018)-junio (2019), pp. 109-158.

⁴ Me remito a los trabajos sobre la revisión de oficio publicados en los núms. 30 y 31 de la *Revista española de la Función Consultiva*.

⁵ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. *Los límites a la potestad de revisión*, Aranzadi, 2019, p. 195.

⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. y PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1989.

lación que prácticamente no ha cambiado desde los años 50 del siglo pasado, por lo que bien podría decirse que aunque sobre la revisión de oficio hayan pasado desde entonces cuatro legisladores (1958, 1992, 1999 y 2015), la revisión de oficio “no ha pasado” por ellos, pues no parece que a ninguno le haya preocupado lo más mínimo la regulación de esta contradictoria y confusa figura que, como bien dice F. López Menudo, tiene más perfiles y recovecos de lo que en principio parece⁷.

Al final de su trabajo sobre los límites de la revisión de oficio, el profesor J. A. Santamaría Pastor termina haciendo la siguiente reflexión:

“Como hemos podido comprobar, los límites externos de una institución no siempre tratan de cuestiones de segundo nivel. Cuando no se hallan bien trazados, su examen suele revelar la necesidad de una reconsideración global del contenido de dicha institución. Es lo que a mi juicio sucede en este caso con la revisión de oficio, cuyo régimen ofrece múltiples puntos oscuros y aspectos mejorables. Pero ello, naturalmente, habrá de quedar para otra ocasión”⁸.

Recogiendo el guante lanzado por el admirado profesor J. A. Santamaría Pastor, de cuya mano, como ya he dicho, empecé a estudiar esta figura hace más de 40 años, en las páginas que siguen me propongo llevar a cabo una reflexión crítica sobre la revisión de oficio de los actos nulos y sus límites, centrándome, sobre todo, en los actos administrativos favorables.

II. LAS CONTRADICCIONES DE LA REGULACIÓN DE LA REVISIÓN DE LOS ACTOS EN VÍA ADMINISTRATIVA, EN GENERAL, Y DE LA REVISIÓN DE OFICIO, EN PARTICULAR

No hay, en mi opinión, coherencia alguna sino, todo lo contrario, muchas contradicciones en los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo Común (LPAC) que regulan las distintas modalidades de revisión de los actos administrativos en la vía administrativa, es decir, los del Título V de la Ley 39/2015 -artículos 106 al 126- donde se encuentran las siguientes categorías: la revisión de oficio de los actos nulos; la revisión de los actos anulables a través del recurso de lesividad; la revocación y la rectificación de errores; los recursos de alzada y de reposición y, finalmente, el recurso extraordinario de revisión.

1. Recursos sujetos a plazos y acción de nulidad sin plazo

La primera y principal contradicción radica, en mi opinión, en el hecho de que, por un lado, existan unos recursos sujetos a plazo (un mes, tanto para la alzada como

⁷ LÓPEZ MENUDO, F. (2022:16).

⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2018-2019: 192).

para la reposición, y cuatro años o tres meses, según en que causa se fundamente, para el recurso extraordinario de revisión) y, por otro, una acción de nulidad que no está sujeta a plazo alguno (“en cualquier momento...”), y que puede ejercerse a instancia del interesado. Esto significa que, aunque la LPAC establezca que, transcurrido el plazo del recurso de alzada sin haberlo interpuesto, los actos administrativos “serán firmes a todos los efectos” (artículo 122.1), ello no es cierto porque, la misma ley establece también que “en cualquier momento”, de oficio *o a instancia de interesado*, se podrá declarar la nulidad de los actos que “no hayan sido recurridos en plazo” (artículo 106.1 LPAC).

Así, pues, los actos administrativos nulos se pueden impugnar a través de los recursos dentro de un plazo; pero, también, se puede solicitar su anulación, a través de la revisión de oficio, fuera de dicho plazo. A ello se suma que el recurso extraordinario de revisión, previsto para los actos *firmes* cuando se den determinadas causas establecidas en la ley, “convive” con la revisión de oficio de los actos nulos, pues, como dice el artículo 125.3 LPAC, el recurso extraordinario de revisión -se entiende, su interposición- no perjudica el derecho de los interesados a formular la solicitud a que se refiere el artículo 106, es decir, la revisión de oficio, ni su derecho a que la misma se sustancie y se resuelva.

Por tanto, y recapitulando, el interesado tiene el derecho a recurrir los actos administrativos, siempre que respete los plazos establecidos para ello; pero también tiene el derecho a solicitar que los actos administrativos “que no hayan sido recurridos en plazo” sean revisados y anulados, mediante la revisión de oficio, “en cualquier momento”; esto es, fuera de esos plazos e, incluso, muchos años después de que hayan sido dictados y notificados.

2. Revisión de oficio “en cualquier momento”, pero siempre que no haya transcurrido demasiado tiempo

Una segunda contradicción, en mi opinión, consiste en que, a pesar de que la ley expresamente diga que la revisión de oficio puede tener lugar “en cualquier momento”, más adelante establece todo lo contrario al decir que no podrá ejercerse la revisión de oficio cuando, “por el transcurso del tiempo”, la anulación del acto administrativo resulte contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes. Así, pues, y al margen de qué deba entenderse, por ejemplo, por ser contrario a la equidad o a las leyes, lo que está claro es que la revisión de oficio puede ejercerse “en cualquier momento”, pero, eso sí, siempre que no haya transcurrido demasiado tiempo.

¿Cuánto tiempo es mucho como para que no pueda haber revisión de oficio? No se sabe. Y no se sabe, no solo porque el legislador no lo diga, sino porque leyendo

algunas sentencias parecería que tienen que pasar varias décadas (24 o 58 años) para que no pueda ejercerse la revisión de oficio⁹, mientras que leyendo otras¹⁰ o, sobre todo, dictámenes de los órganos consultivos¹¹, 4 años pueden ser ya muchos años como para remover una situación jurídica que, por muy viciada de nulidad de pleno derecho que esté, nació bajo la apariencia de legalidad que la ley otorga a todos los actos administrativos, sin excepción, (cosa distinta es la vía de hecho), y generando la confianza que legítimamente, y en virtud de la presunción de validez de la que gozan los actos administrativos, producen en los destinatarios de esos actos.

3. Una misma denominación -revisión de oficio- para designar un supuesto de autotutela (anulación por la propia Administración de los actos administrativos viciados de nulidad) y un supuesto de heterotutela (anulación por los Tribunales de los actos anulables)

La tercera contradicción, en mi opinión, está en el hecho de incluir, en el capítulo que lleva por rúbrica “revisión de oficio”, una modalidad -la revisión de los actos anulables por la propia Administración- que no es tal porque, en estos casos, la Administración se limita a poner en marcha un procedimiento que la obligará a interponer un recurso contencioso-administrativo para que sean los órganos judiciales los que decidan, finalmente, si procede anular o no el acto administrativo revisado. Es decir, el legislador incluye dentro de los supuestos de “revisión de oficio” que, a su vez, forma parte de las modalidades de la “revisión de los actos en vía administrativa”, un supuesto que, en realidad, es una manifestación de la revisión *judicial* de los actos administrativos, solo que iniciada por la propia Administración autora del acto y con un plazo (4 años) muy superior a los que la ley establece para los recursos administrativos ordinarios (1 mes). En definitiva, se trata de un supuesto de heterotutela y no de autotutela como son los que integran el género “revisión de los actos en vía administrativa” y la especie “revisión de oficio”.

4. Procedimientos regulados para supuestos distintos que pueden ser intercambiables

La cuarta contradicción reside, en mi opinión, en el hecho de que el legislador -bajo la denominación común de “revisión de oficio”- regula cuatro procedimientos (revisión de oficio de los actos nulos; revisión de oficio de los actos anulables; revo-

⁹ Por ejemplo, la STS 19/2017, de 11 de enero.

¹⁰ Por ejemplo, la STS de 23 de octubre de 2000, recurso de casación núm. 3079/1995.

¹¹ Aunque sobre ello volveré más adelante, me remito a la exposición detallada sobre el criterio del tiempo transcurrido, en la jurisprudencia y en la doctrina de los órganos consultivos, que hace F. LÓPEZ MENDUO en su artículo, ya citado, “La Revisión de oficio, imperio de la legalidad”.

cación; y rectificación de errores) que aparentemente son muy distintos y que, en principio, -porque, precisamente, eso es lo que justifica la distinción-, deberían estar destinados a ser utilizados con carácter excluyente los unos de los otros, y no como categorías intercambiables, como a veces sucede.

En efecto, la regulación y la distinción entre estas categorías gira fundamentalmente en torno a la aplicación de tres criterios, que son los siguientes: el carácter favorable o de gravamen de los actos objeto de revisión; la posibilidad de que el interesado pueda instar o no la iniciación de estos procedimientos; y los motivos -de legalidad (distinguiendo, a su vez, entre nulidad y anulabilidad) o de oportunidad- que fundamentan la utilización de una u otra figura. Sin duda alguna, tiene todo el sentido regular estas técnicas que permiten a la Administración volver sobre sus propios actos en función de estos tres criterios, pero el problema está en la falta de coherencia y de visión de conjunto con las que, en mi opinión, el legislador los utiliza en los artículos 106 a 110 de la LPAC.

Así, por ejemplo, por lo que respecta al primero de los criterios enunciados -el carácter favorable o desfavorable del acto que es objeto de revisión de oficio-, cuando la ley regula la revisión de oficio de los actos nulos (art. 106) no menciona el tipo de actos que pueden ser objeto de este procedimiento, por lo que hay que entender que se aplica a todo tipo de actos, es decir, favorables, desfavorables o “mixtos” (favorables para unos y desfavorables para otros). Y ello es así no solo por esa falta de mención específica al tipo de acto -favorable o de gravamen- que se trata de revisar, sino, sobre todo, porque si la revisión de oficio de los actos nulos puede ejercerse a instancia de interesado, el interesado que pide la anulación del acto solo puede ser una persona a la que dicho acto – o una parte de dicho acto- le perjudica de alguna forma. Por el contrario, cuando regula la revisión de oficio de los actos anulables, la ley -artículo 107- se refiere, exclusivamente, a los actos favorables. Y, finalmente, cuando regula la revocación, el artículo 109 se refiere, solo y exclusivamente, a los actos desfavorables.

Desde la perspectiva del segundo criterio -la posibilidad de que el interesado en la revisión de un acto firme pueda solicitarla o no-, la revisión de los actos nulos puede llevarse a cabo tanto de oficio como a instancia de interesado; ahora bien, si en lugar de actos administrativos se trata de Reglamentos nulos, entonces la ley solo permite que sea la Administración la que los revise de oficio, excluyendo, por tanto, la acción de nulidad a instancia del interesado. Lo mismo ocurre con la revisión de oficio de los actos favorables viciados de anulabilidad y con la revocación de los actos desfavorables reguladas, respectivamente, en los artículos 107 y 109 de la Ley: en ambos casos, los interesados han quedado excluidos, pues la ley establece que solo pueden llevarse a cabo a iniciativa de la Administración. ¿Por qué la ley no

reconoce al interesado el derecho a solicitar la revocación de un acto desfavorable, si la Administración puede revocarlo, en cualquier momento, respetando los límites establecidos en el artículo 109 LPAC? ¿O por qué no podría solicitar un interesado que la Administración inicie un procedimiento de lesividad respecto de un acto anulable favorable, pero sí puede hacerlo cuando el acto es nulo? Frente a ello podría responderse que la nulidad es más grave y que, en todo caso, para impugnar esos actos ya están los recursos. Estoy de acuerdo con la primera hipotética respuesta, aunque con matices: la desviación de poder me parece más grave que una incompetencia por razón de la materia, por ejemplo. Pero no estoy de acuerdo con la segunda hipotética respuesta, pues también para los casos de nulidad están los recursos, sujetos a plazo, al igual que para los casos de anulabilidad.

Finalmente, y en relación con el tercer criterio, mientras que la revisión de oficio de los actos nulos y anulables se fundamenta en la necesidad de restablecer la legalidad infringida (con el requisito añadido, para los actos anulables, de que sean, además, lesivos para el interés público), la revocación de los actos desfavorables, por el contrario, no se fundamenta en la ilegalidad del acto objeto de revocación, por lo que, en principio, habría que entender que responde, exclusivamente, a un criterio de oportunidad.

Como ya advirtiera al inicio de este trabajo, la falta de coherencia en la regulación de las distintas figuras que la ley alberga bajo la denominación común de “revisión de oficio” -revisión de oficio de actos nulos; revisión de oficio de actos favorables anulables; y revocación de actos de gravamen- ha provocado que tanto los Tribunales como los órganos consultivos hayan aplicado estas categorías con tal flexibilidad que, en determinados casos, han llegado a considerarlas “intercambiables”.

Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo, ha estimado que, para anular un acto favorable viciado de nulidad, la Administración puede utilizar el procedimiento de lesividad, previsto para los actos anulables, por ser más garantista que la revisión de oficio.

En efecto, el Tribunal Supremo mantuvo ya este criterio cuando estaba en vigor la ley de 1958, la cual distinguía dos tipos de anulabilidad a efectos de revisión de oficio: la anulabilidad por infracción manifiesta de ley, y la anulabilidad por infracción -sin más- del ordenamiento jurídico. Para el primer supuesto, la ley permitía que la Administración, con dictamen favorable del Consejo de Estado y dentro de un plazo de 4 años, anulara de oficio sus propios actos anulables declarativos de derechos; mientras que para el segundo (el resto de las infracciones determinantes de anulabilidad), le exigía acudir al procedimiento de lesividad y al posterior recurso contencioso-administrativo. En su Sentencia de 4 de enero de 1983 (1983\ 2229), el Tribunal Supremo estimó que el entonces vigente art. 110.1 autorizaba -pero no

obligaba- a la Administración a anular de oficio sus actos favorables que incurrieran en infracción manifiesta de ley, sin necesidad de seguir el procedimiento de lesividad. Pero que, en estos casos, nada le impedía renunciar a sus prerrogativas y someter a los órganos judiciales la pretensión de anulación de sus propios actos. El procedimiento de lesividad -argumentó entonces el Tribunal Supremo- ofrece más ventajas al administrado, primero porque el acto (en aquel caso, una licencia) subsiste hasta su anulación jurisdiccional y, segundo, porque el interesado tiene más posibilidades de defensa.

Ese mismo criterio ha sido aplicado por el Tribunal Supremo en sentencias más recientes en las que ha venido a sostener que, cuando se trate de actos favorables nulos de pleno derecho, la Administración, que podría acudir al procedimiento de revisión regulado en el entonces vigente artículo 102 (en cualquier momento y con el único requisito del dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo correspondiente), puede optar por seguir el procedimiento, más estricto, de lesividad y recurrir ante los tribunales de lo contencioso-administrativo su propio acto, demandando su anulación. Argumenta el Tribunal Supremo que la Administración (en aquel caso, un Ayuntamiento), dado que existía una causa de nulidad, podía revisar de oficio el acto (una licencia) o acudir al procedimiento de lesividad, y optó por hacer la declaración de lesividad e impugnarlo en vía contenciosa. En tal estado de cosas, concluye el Tribunal Supremo:

“no se aclara -ni esta Sala alcanza a apreciar- cuál puede ser el sentido de la queja que se formula, ya que esta opción ha resultado más beneficiosa para la entidad recurrente al proporcionarle todas las garantías de un proceso jurisdiccional. Al no haber hecho uso la Administración autora del acto de su privilegio de autotutela la parte hoy recurrente ha podido concurrir al proceso como demandada para defender la legalidad del acto administrativo”¹².

Como he dicho antes, también los órganos consultivos han admitido que algunas de las categorías reguladas en el Título V de la LPAC pueden llegar a ser “intercambiables”. Así, por ejemplo, y como ha puesto de manifiesto A. Galán Galán, han considerado que, en el caso de los actos de gravamen o desfavorables, para los que el artículo 109 de la ley ha previsto la revocación sin requisitos especiales -sustantivos o procedimentales-, aunque sí con determinados límites, la Administración puede optar por anularlos a través de la revisión de oficio si aquellos adolecen de un vicio de nulidad¹³. De nuevo, un procedimiento -la revisión de oficio- previsto para actos nulos de pleno derecho y, como regla general, favorables es intercambiable con un

¹² SSTs de 28 de junio de 2001 (RJ\2001\6113) y de 29 de junio de 2001 (RJ\2001\6114).

¹³ V. GALÁN GALÁN, A. (2018-2019: 125-128).

procedimiento -la revocación- previsto para actos desfavorables que son conformes a Derecho.

Ahora bien, esa posibilidad de acudir, indistintamente, a un procedimiento o a otro la tiene solo la Administración, pues si se trata de actos desfavorables nulos, la Administración podría optar entre revocar, sin más, el acto, o revisarlo de oficio con el dictamen favorable del órgano consultivo; pero el particular, que es quien tiene verdaderamente interés en la revocación del acto de gravamen, no tiene posibilidad de elegir, pues la única categoría de las tres en las que está prevista una acción a su favor es la revisión de oficio de actos nulos del artículo 106 de la LPAC.

Dicho ello, en alguna ocasión se ha aceptado que el procedimiento de revocación se ponga en marcha a instancia del interesado, a pesar de que ello no está previsto en la ley. Es lo que ocurrió en el caso analizado en el Dictamen del Consejo de Estado 990/2013, de 9 de enero de 2014¹⁴: un particular había solicitado la revisión de oficio de una liquidación provisional del IVA; por tanto, de un acto de gravamen. El Consejo de Estado estimó que no procedía la anulación solicitada por no darse motivo de nulidad alguno, pero entendió que, por una serie de circunstancias que no procede exponer ahora, la liquidación provisional del IVA debía ser revocada. Con base en ello, el Consejo de Estado concluyó que, aun cuando no podía declararse la nulidad de pleno derecho, procedía que la Administración ejercitase su potestad de revocación regulada en el entonces vigente artículo 105 de la Ley 30/1992, equivalente al actual artículo 109.1 LPAC. Así, pues, en este caso, el Consejo de Estado dio por bueno que la revocación del acto desfavorable fuese instada a solicitud del interesado, ya que, en aquel supuesto, el interesado había ejercido la acción de nulidad y, subsidiariamente, había solicitado la revocación de la liquidación tributaria.

5. Las garantías y los límites de la revisión de oficio carecen de sentido cuando la revisión se produce a solicitud del interesado frente a actos desfavorables o de gravamen

La quinta y última contradicción radica, en mi opinión, en lo siguiente: la revisión de oficio de los actos nulos está regulada con una serie de exigencias y límites que solo tienen sentido si se aplican a una revisión de oficio llevada a cabo por la Administración frente a actos favorables. Que la Administración no pueda por sí sola revisar de oficio y anular sus propios actos, sino que necesite el dictamen favorable de su máximo órgano consultivo, solo se entiende en clave de ser una garantía frente a algo tan extraordinario como es que, una vez transcurridos los plazos para recurrir, la Administración pueda anular un acto propio que otorgó un derecho o reconoció una facultad a un ciudadano. Si la Administración quisiera revisar de oficio o anular,

¹⁴ Vid. GALÁN GALÁN, A. (2018-2019: 123-128).

al cabo del tiempo, un acto de gravamen -por ejemplo, una sanción o el reintegro de un subvención-, basándose en la nulidad de pleno derecho del acto en cuestión ¿qué sentido tiene que el órgano consultivo tenga que pronunciarse favorablemente sobre esa anulación? ¿qué valor jurídico justifica que la Administración no pueda anular por sí sola un acto de gravamen que es radicalmente nulo y necesite, para ello, el “visto bueno” del Consejo de Estado? ¿qué añade, en estos casos, el dictamen favorable de los órganos consultivos? A mi pregunta se podría responder: la intervención del órgano consultivo es necesaria, también en la revisión de oficio a instancia del interesado de actos de gravamen, para evitar que la Administración beneficie al destinatario de un acto de gravamen que podría ser plenamente conforme a Derecho. Si la razón fuese esa, habría que exigir también el dictamen de los órganos consultivos para la revocación de los actos desfavorables del artículo 109 LPAC; incluso, con mayor razón, puesto que la revocación no se fundamenta -al menos, según la literalidad de este precepto- en que el acto de gravamen sea contrario a Derecho, sino en motivos de oportunidad, lo que hace que el margen de decisión de la Administración sea más amplio.

Lo mismo cabría decir, en mi opinión, de los límites de la revisión de oficio regulados en el artículo 110 LPAC: que la Administración no pueda revisar y anular sus propios actos cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias esa anulación resulte contraria a la equidad, a la buena fe, o a los derechos de terceros, es un precepto que responde a la necesidad de alcanzar ese difícil pero deseable equilibrio entre legalidad y seguridad jurídica, del que tantas veces ha hablado la jurisprudencia¹⁵. Que la seguridad jurídica tenga que prevalecer sobre la legalidad cuando, por el tiempo transcurrido desde que se dictó el acto, anularlo resulte contrario a la buena fe del interesado, solo tiene sentido si el acto objeto de revisión es un acto que le otorgó derechos, pues si hubiera sido un acto de gravamen, anularlo porque es radicalmente nulo nunca podría ser contrario a sus derechos, a su buena fe o a la equidad.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2006, Recurso de Casación núm. 776/2001, “... la revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica, que se presenta como consolidada, no pueda ser alterada en el futuro. El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto.”

La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros”. El subrayado es añadido.

Así, pues, que haya revisión de oficio a instancia del interesado no es solo un problema terminológico, ya que difícilmente se le puede llamar revisión de oficio a una revisión que se produce a instancia del interesado. Es un problema sustantivo, porque siendo una acción de nulidad, es obvio que resulta de aplicación no solo a los actos favorables, sino también a los desfavorables, pues, como ya he dicho, solo tiene sentido que la acción de nulidad la ejerza quien se siente perjudicado por un acto que, además, puede ser favorable para otro, pero que también puede ser íntegra y exclusivamente desfavorable. Cuando se trata de una acción de nulidad frente a un acto favorable o frente a un acto “mixto”, las exigencias y los límites de la revisión tienen sentido; pero cuando se trata de actos íntegramente desfavorables, su revisión de oficio a instancia de interesado, aparte de ser una *contradictio in terminis*, priva de sentido a aspectos tan importantes de la regulación de esta institución, como son la exigencia del dictamen favorable de los órganos consultivos y los límites a la revisión de oficio.

III. LAS DUDAS E INCERTIDUMBRES QUE PLANTEAN LOS LÍMITES DE LA REVISIÓN DE OFICIO

La regulación de la revisión de oficio plantea muchos problemas interpretativos que dificultan su aplicación, lo cual es debido, en gran parte, al carácter excesivamente abierto de algunos de los conceptos que la ley utiliza. Es lo que ocurre, por ejemplo, y de manera significativa, con el artículo 110 de la LPAC que regula los límites del ejercicio de esta importante potestad administrativa.

No voy a referirme ahora a todos y cada uno de los conceptos del artículo 110 de la LPAC. Ese análisis ya lo han hecho, y muy bien, J. A. Santamaría¹⁶, F. López Menudo¹⁷ y E. Menéndez Sebastián¹⁸. Dejando al lado la expresión “o por otras circunstancias”, que puede significar cualquier cosa o ninguna¹⁹, me centraré, por una parte, en dos conceptos que tienen como común denominador el tiempo y que son “la prescripción de acciones” y “el tiempo transcurrido”; y, por otra, en “la cosa juzgada” que, aunque no esté mencionada en el artículo 110 de la LPAC, opera también como límite a la potestad de revisión de oficio.

¹⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2018).

¹⁷ LÓPEZ MENUDO, F. (2022: 29-42).

¹⁸ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. (2019: 149-192).

¹⁹ LÓPEZ MENUDO, F. (2022: 35 y 36) se refiere a esas otras circunstancias diciendo que en la práctica esa expresión es utilizada como cajón de sastre para albergar no solo presupuestos distintos a la prescripción y el tiempo transcurrido, sino también otros límites, como por ejemplo la proporcionalidad, la buena administración, la buena fe procesal, el principio *nemo turpitudinem allegans*, o criterios como el de la escasa entidad del asunto, la carencia de efecto práctico de la revisión, etc.

V. también en este sentido MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. (2019: 160-161).

1. La prescripción de acciones

La expresión “por prescripción de acciones” del artículo 110 de la LPAC es una de las más difíciles de interpretar porque, de entrada, revela una gran contradicción: la nulidad es imprescriptible y debido a ello la Administración puede revisar sus actos nulos “en cualquier momento”; pero, sin embargo, no podrá hacerlo cuando hayan prescrito “las acciones” y el ejercicio de la potestad de revisión resulte contrario a la equidad, a la buena fe, a los derechos de los particulares o a las leyes. Ahora bien, quizás no exista contradicción alguna si se entiende, como creo que puede interpretarse, que el precepto se refiere a dos “prescripciones” -si se me permite la expresión- muy distintas.

Según la ley, la “prescripción de acciones” es solo un presupuesto -al igual que “el transcurso del tiempo”- para que proceda aplicar los límites del artículo 110 LPAC. Es decir, que la prescripción de acciones no basta por sí sola y de forma automática para que no proceda la revisión de oficio y deba mantenerse la situación jurídica consolidada al amparo del acto nulo, sino que, según lo establecido en el artículo 110 LPAC, no procederá la anulación de un acto administrativo, mediante la revisión de oficio, cuando, habiendo prescrito “la acción”, anular ese acto resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes. Ahora bien ¿qué significa, en este precepto de la LPAC, el término “acciones”, referido a la prescripción?

A. La interpretación de “la prescripción de acciones”, como límite de la revisión de oficio, en las sentencias del Tribunal Supremo. Especial referencia a la Sentencia 19/2017, de 11 de enero.

Sobre el significado de la expresión “por prescripción de acciones” del artículo 110 de la LPAC y de los preceptos equivalentes en las leyes de procedimiento administrativo anteriores, como, por ejemplo, el artículo 106 de la Ley 30/1992, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones, diciendo lo siguiente:

“... la jurisprudencia ha sostenido que “la decisión última sobre la procedencia o no de la aplicación del art. 106 dependerá del caso concreto y de los bienes jurídicos en juego, comprendiendo el precepto tanto la prescripción tributaria, como la de los derechos y obligaciones originados en el seno de las relaciones entre la Administración y el ciudadano y los derechos adquiridos en las relaciones entre particulares (STS de 17 de enero de 2006 (RJ 2006, 2741)”²⁰.

Sobre este pronunciamiento -que se reitera en decenas de Sentencias de la Sala Tercera- cabría hacer, en mi opinión, dos consideraciones: la primera, referida al

²⁰ Entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo 1395/2020, de 26 de octubre de 2020. En la base de datos de *Westlaw* aparecen más de 80 sentencias que contienen este párrafo.

significado del término “acción” y la segunda, referida a la sentencia que se cita al final del párrafo que acabo de transcribir.

Por lo que se refiere a cómo ha interpretado la jurisprudencia el concepto de “acciones”, referido a la prescripción, creo que de la parte que he subrayado en el párrafo transcrito de la sentencia del Tribunal Supremo que, como ya he dicho, se reitera en muchas otras sentencias de ese mismo tribunal, puede deducirse que el término “acciones” del artículo 110 LPAC es lo suficientemente amplio como para comprender también las potestades administrativas, pues, si así no fuera, no citaría, en primer lugar, la prescripción tributaria. Así, pues, creo que puede sostenerse que, según la jurisprudencia, en el término “acciones” del artículo 110 LPAC quedan incluidas las potestades, los derechos y las obligaciones.

Por lo que se refiere a la sentencia de 17 de enero de 2006, de la que procede el párrafo entrecomillado, merece la pena exponer brevemente la cuestión planteada ante el Tribunal Supremo en aquel caso: un Ayuntamiento había solicitado la revisión de oficio de un acto administrativo, en virtud del cual el Estado le había embargado un monte de su propiedad y se lo había adjudicado en pago de una deuda tributaria que el Ayuntamiento tenía con la Administración estatal. El Tribunal Supremo consideró que no procedía la revisión de oficio instada por el Ayuntamiento por tratarse de un supuesto en el que su acción para recuperar la propiedad del monte ya había prescrito, de acuerdo con el artículo 1963 del Código civil²¹. Sin hacer consideración alguna sobre si, en aquel caso, la revisión de oficio resultaba contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de tercero o a las leyes, el Tribunal Supremo aplicó el criterio de “la prescripción de acciones” como límite autónomo y suficiente para impedir el ejercicio de la potestad de revisión de oficio.

De manera distinta se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia 19/2017, de 11 de enero y en otras muchas que han reiterado su doctrina²². En el caso resuelto por la sentencia 19/2017, se recurría una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que había estimado, en parte, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una empresa beneficiaria de una ayuda de la Junta, contra la

²¹ Entre los hechos no discutidos por las partes, la sentencia establece que la Administración del Estado había embargado el monte municipal y lo había inscrito a su favor en el Registro de la Propiedad en 1925, y que el 23 de enero de 1995 el Ayuntamiento solicitó la revisión de oficio, a fin de que se declarase la nulidad de pleno derecho del procedimiento seguido y, en consecuencia, se repusiera al Ayuntamiento en la propiedad del monte. A la luz de esos hechos, el Tribunal Supremo concluyó que no procedía el ejercicio de la acción de nulidad porque resultaba de aplicación el artículo 106 que “fija claramente límites, con la finalidad de dar prevalencia al principio de seguridad sobre el de legalidad, concurriendo en el presente caso el supuesto de prescripción de acciones, pues el Ayuntamiento perdió su derecho sobre el monte en marzo de 1925”. El subrayado es añadido.

²² Por ejemplo, las SSTs 752/2017, de 4 de mayo; 1096/2018, de 26 de junio; 1132/2018, de 3 de julio; 1133/2018, de 3 de julio; 658/2019, de 22 de mayo; y 1026/2019, de 10 de julio.

resolución de esta Administración en virtud de la cual, y tras la tramitación del correspondiente procedimiento de revisión de oficio, (i) había anulado las actuaciones por las que se concedió la ayuda; y (ii) había acordado iniciar el procedimiento de restitución de la ayuda indebidamente percibida. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía desestimó el recurso en cuanto al primer pronunciamiento por considerar que la concesión de la ayuda era nula de pleno, pero lo estimó, sin embargo, respecto del segundo pronunciamiento (restitución de la ayuda recibida); y lo anuló por considerar aplicables los límites del entonces vigente artículo 106 de la ley 30/1992 y, más concretamente, el límite de la prescripción de acciones. Lo explica así la Sala Tercera:

“La sentencia, sin embargo, anuló el apartado segundo de la Orden impugnada -en el que se acordó iniciar el procedimiento para la devolución de las cantidades indebidamente percibidas- por entender que debían limitarse los efectos de la nulidad acordada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley 30/1992 por entender que <<el plazo de cuatro años de prescripción ha sido superado con creces, desde la fecha del último pago el 5 de junio de 2007, por lo que los efectos de la nulidad declarada (que es imprescriptible) deben quedar atemperados por razones de seguridad jurídica”.

El Tribunal Supremo rechazó la interpretación que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía había hecho del entonces vigente artículo 106 de la ley 30/1992 y estableció la siguiente doctrina:

“Cuando concurren las circunstancias excepcionales previstas en el art. 106 de la Ley 30/1992 lo que procede es excluir la revisión y consecuentemente la declaración de nulidad del acto, pero si el Tribunal considera que la acción de revisión ha sido ejercida correctamente y procede declarar la nulidad de pleno derecho del acto en cuestión, lo que no puede es limitar los efectos de la nulidad apreciada desproveyéndola de toda consecuencia jurídica.

Es el ejercicio de la acción de revisión la que puede limitarse (“no pueden ser ejercitadas”) por razones excepcionales, sin que los límites a la revisión previstos en el art. 106 de la Ley 30/1992 se extiendan, tal y como parece entender el tribunal de instancia, a los efectos de la nulidad previamente declarada. Una vez ejercitada esta acción de revisión de oficio y habiendo considerado el tribunal que estaba correctamente ejercida, y consiguientemente que el acto debía declararse nulo de pleno derecho, el art. 106 no permite al tribunal limitar los efectos de la nulidad previamente acordada, el citado precepto no le faculta para ello”.

Esta doctrina sería confirmada en sentencias posteriores, entre las que destaca la 658/2019, de 22 de mayo, en la que la Sala concluye que

“la nulidad de pleno derecho no puede existir y no existir a la vez. [...] Entender el art. 106 como lo hizo la Sección primera de la Sala de Sevilla supone privar de toda utilidad a la institución de la revisión de oficio y conduce a un pronunciamiento en sí mismo contradictorio: el de consagrar a un tiempo la nulidad y privarla de los efectos que necesariamente ha de producir”.

Volviendo a la sentencia 19/2017, la Junta de Andalucía había planteado también, en su recurso de casación, que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia cometía el error de considerar que había transcurrido el plazo de 4 años de prescripción del artículo 39 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones (LGS), sin tener en cuenta -decía la Junta en su recurso- que el precepto en cuestión se refiere al plazo de prescripción de la acción de reintegro del art. 37 y no al de la nulidad del art. 36.1 LGS.

El Tribunal Supremo daría la razón a la recurrente, en este punto, por considerar, en síntesis, que (i) no es posible asimilar el mero transcurso del plazo de prescripción de las acciones para exigir el reintegro de la subvención con los límites excepcionales que pueden oponerse a las facultades de revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho; (ii) no nos encontramos ante un supuesto de reintegro por incumplimiento (art. 37 LGS), sino ante la declaración de nulidad de la concesión de la ayuda (art. 36 LGS); (iii) la acción destinada a instar la nulidad de pleno derecho, a diferencia de las acciones para exigir el reintegro, no está sujeta a plazo alguno de prescripción; y (iv) el cómputo del plazo para que la Administración pudiese ejercer la acción destinada a reclamar las cantidades indebidamente percibidas no puede empezar a computarse sino desde el momento en que la declaración de nulidad es firme, pues solo a partir de ese momento la Administración está legitimada para solicitar el reintegro de las cantidades que a la postre se consideraron indebidamente percibidas²³.

Tratándose de una sentencia muy bien fundamentada, creo, sin embargo, que la interpretación que hace de “la prescripción de acciones” como límite de la revisión de oficio suscita algunas dudas y, sobre todo, lleva a un resultado como mínimo paradójico.

En primer lugar, creo que no es evidente que el artículo 39 de la LGS, que regula la prescripción del reintegro, se refiera exclusivamente al reintegro derivado de los supuestos del artículo 37 (incumplimientos, falsedades y otros comportamientos

²³ Aunque más adelante trataré sobre ello, quiero destacar que lo dicho en esta sentencia supone, en primer lugar, un desmentido del dogma *quod nullum est nullum effectum producit*, ya que afirma, rotundamente, que, aunque el acto de concesión de una subvención sea nulo de pleno derecho, la Administración no puede exigir el reintegro que la propia ley anuda a la nulidad (art. 36.4 LGS) sin antes proceder a la declaración de nulidad del acto administrativo y sin que esa declaración sea firme.

del beneficiario de la subvención), y que no resulte de aplicación, también, al reintegro por las causas previstas en el artículo 36 LGS (nulidad y anulabilidad de los actos administrativos de otorgamiento de las ayudas). Y digo que no es evidente, sino que puede suscitar dudas, por las razones siguientes: el artículo 39 de la LGS se encuentra en un capítulo –“*Del reintegro*” (artículos 36 a 40)- en el que existen algunas normas claramente diferenciadas para cada uno de los dos supuestos que dan lugar al mismo –así, por ejemplo, las que definen las causas que determinan el reintegro (artículo 36, por un lado, y artículo 37, por otro); o la que establece la necesidad de pagar intereses de demora, prevista solo para los supuestos del artículo 37.1. Por el contrario, existen otras normas en ese mismo capítulo que son comunes para ambos supuestos, como es el caso del artículo 38.1 (naturaleza de los créditos a reintegrar); el art. 39.3 (interrupción del plazo de prescripción por cualquier acción de la Administración realizada con conocimiento formal del beneficiario o de la entidad colaboradora, conducente a determinar la existencia de alguna de las causas de reintegro); o el 40 (sujetos obligados al reintegro). Es cierto que cuando la LGS regula el cómputo del plazo de prescripción (artículo 39.2 LGS), los criterios que establece parecen referirse, exclusivamente, al plazo de prescripción del reintegro derivado de los supuestos previstos en el art. 37; pero, por el contrario, la regulación de la interrupción del plazo de prescripción, en el apartado 3 del mismo artículo, parece estar contemplando cualquier supuesto de reintegro y no solo los del artículo 37. Por ello, considero que no puede descartarse que la regla del apartado 1 del artículo 39 (“prescribirá a los cuatro años el derecho de la Administración a reconocer o liquidar el reintegro”) sea una regla común para todo tipo de reintegro, es decir, el que se produce como consecuencia de la anulación de una subvención y el que se produce como consecuencia de los incumplimientos del beneficiario. Es más, al decir el precepto en cuestión que la Administración tiene cuatro años para “reconocer o liquidar” el reintegro, cabría interpretar que ese plazo es aplicable a la declaración de nulidad o anulación que, según el artículo 36.4 LGS, “llevará consigo la obligación de devolver las cantidades percibidas”²⁴.

El argumento de la Sentencia 19/2017 de que la revisión de oficio para anular la subvención es imprescriptible, siendo muy importante, no me parece convincente desde el momento en que es la propia ley la que, por un lado, establece esa regla general –al decir que la revisión de oficio de un acto nulo puede tener lugar “en cualquier momento” (artículo 106 LPAC)-, pero por otro, y como excepción a la misma, establece la contraria, al prever, en su artículo 110, que *no podrá* revisarse de oficio

²⁴ En contra de lo dicho, no creo que pueda argumentarse que el artículo 36.3 LGS solo cita los artículos 102 y 103, y no el 106, de la entonces vigente Ley 30/1992. En mi opinión, con esa cita el legislador solo pretende remitirse a los dos preceptos que regulan los procedimientos a seguir (revisión de oficio y lesividad), pero sin excluir la aplicación del artículo 106 que es una cláusula de cierre de la regulación de ambas figuras que, en cuanto que establece los límites de la revisión, resulta inescindible de ambas.

un acto cuando, “por la prescripción de acciones”, ello resulte contrario a la buena fe, a la equidad, al derecho de terceros o a las leyes. Creo que un argumento así termina vaciando de contenido el artículo 110 de la LPAC en la parte que se refiere a “la prescripción de acciones”, porque identifica dos conceptos -haciendo de los dos uno solo- que son muy distintos, a saber: la prescripción de la potestad de revisión de oficio y la prescripción para exigir el reintegro. Precisamente porque la segunda -la prescripción de acciones- es distinta de la primera -la no prescripción de la revisión de oficio- es por lo que constituye -o debería constituir- su límite.

Considerar que debido a que la nulidad y, por ende, la revisión de oficio son imprescriptibles y que, por eso, la prescripción del derecho de la Administración para exigir el reintegro de una subvención viciada de nulidad solo puede aplicarse una vez que la Administración, “en cualquier momento”, revise de oficio y anule la subvención, produce, en mi opinión, una consecuencia difícilmente aceptable, cual es la de hacer inoperante un criterio -el de la prescripción de acciones- que la Ley ha incluido expresamente entre los límites de la revisión de oficio. Porque, en efecto, una vez anulada la subvención, sin sujeción a plazo alguno, la Administración tendrá, sí, un plazo de prescripción para exigir su devolución (plazo, que, por cierto, según la Sentencia 19/2017 no puede ser el que establece la LGS), pero lo que es claro es que esa prescripción -la del reintegro- no habrá jugado papel alguno como límite al ejercicio de la potestad de revisión de oficio que es, precisamente, para lo que la ley lo ha previsto.

Por último, el criterio establecido en esta sentencia y en otras muchas que lo han aplicado lleva, en mi opinión, a un resultado que, como mínimo, habría que calificar de paradójico: una persona ha podido tener un comportamiento impecable en el procedimiento de otorgamiento de una subvención y, además, haber cumplido todos los requisitos y obligaciones propios del beneficiario de una subvención. Sin embargo, si resulta que es la Administración la que ha incurrido en vicios de nulidad de pleno derecho al otorgársela, sin participación ni conocimiento alguno del beneficiario de la subvención, este debe saber que “en cualquier momento”, sin plazo alguno, la Administración puede anular la ayuda que le fue otorgada y que, después, tendrá todavía cuatro años para exigirle su devolución. Además, deberá “soportar” -si los procedimientos de revisión de oficio caducan- que la Administración pueda reiniciarlos de nuevo, incluso varias veces, como ha sucedido en la práctica²⁵. Frente a ello, la persona que ha falseado, ocultado, mentido o incurrido en alguno de los

²⁵ En las Sentencias 2082/2020, de 19 de octubre, y de 11 de octubre de 2023, recurso 904/2021, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía llega a afirmar que “el hecho de que se hayan iniciado varios expedientes de revisión de oficio como consecuencia de haber caducado los anteriores lo que viene a demostrar es que la Dirección General no ha permanecido pasiva en el cumplimiento de su obligación de declarar la nulidad de pleno derecho de la subvención concedida”.

incumplimientos del artículo 37 de la LGS, tendrá la seguridad (“jurídica”) de que, una vez transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años, la Administración no podrá reclamarle el reintegro de la ayuda recibida y no tendrá que devolver el dinero. Es más, para el beneficiario que haya incurrido en alguno de los incumplimientos o falseamientos definidos en el artículo 37 de la LGS, no solo prescribirá el derecho de la Administración a exigirle el reintegro, sino que también prescribirán los delitos y las infracciones administrativas en los que haya podido incurrir por esas mismas conductas, ya que, como es sabido, algunas son coincidentes con las causas de reintegro del artículo 37 LGS.

B. Una propuesta de interpretación alternativa

En mi opinión, y por las razones que expondré a continuación, puede haber otra forma de interpretar la expresión “por prescripción de acciones” del artículo 110 LPAC y de aplicar los límites de la revisión de oficio cuando concurra esta circunstancia.

La prescripción de una acción supone, como es sabido, la extinción de la posibilidad de ejercerla cuando ha transcurrido un tiempo determinado; por tanto, puede decirse que la prescripción de acciones, como límite de la revisión de oficio, es una concreción del concepto general “el transcurso del tiempo”. Ahora bien, es mucho más que eso porque, si la consecuencia de la prescripción es la consolidación de la situación jurídica de que se trate, extinguiéndose la posibilidad de removerla, cabría considerar que se trata de un límite “cualificado” al ejercicio de la potestad de revisión de oficio, desde el momento en que la prescripción contiene los dos términos del enunciado del artículo 110 LPAC: el transcurso del tiempo, por un lado, y la necesidad de mantener la situación jurídica creada por el acto administrativo por respeto a la equidad, la buena fe o el derecho de terceros, por otro.

En mi opinión, la inclusión de la prescripción de acciones como límite del ejercicio de la potestad de revisión de oficio, en el artículo 110 LPAC, significa, por un lado, que ese límite se refiere a supuestos en los que una ley, al establecer un plazo concreto para el ejercicio de un derecho o de una potestad, ya ha “cuantificado” el tiempo durante el cual la Administración puede ejercerlos. Y por otro, que, en cada uno de esos supuestos, el legislador ya ha hecho la correspondiente ponderación entre el principio de legalidad y otros como, por ejemplo, la seguridad jurídica, y ha concluido que, transcurrido el tiempo establecido para cada caso, quedará extinguida la posibilidad de ejercer la acción o potestad de que se trate.

Lo dicho no significa que en todos los casos de prescripción haya que dar por entendido que no procede la revisión de oficio por resultar su ejercicio, siempre y en todo caso, contrario a la equidad, a la buena fe, a los derechos de los particulares o las leyes. No es eso lo que dice la ley ni tampoco, como es lógico, el Tribunal Supremo.

En efecto, afirma a este respecto el Tribunal Supremo, en su sentencia 19/2017, que “no es posible asimilar el mero transcurso del plazo de las acciones para exigir el reintegro de la subvención con los límites excepcionales que pueden oponerse a las facultades de revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho”. Y es verdad; no es posible asimilar el “mero” transcurso del plazo de prescripción con el límite establecido en el artículo 110 de la LPAC para ejercer la potestad de revisión de oficio; pero sí que habrá que identificar una cosa —“la prescripción de acciones”— con la otra —la imposibilidad de anular el acto administrativo por aplicación de ese límite del artículo 110 LPAC— cuando, transcurrido el plazo de prescripción para ejercer una potestad administrativa o un derecho de la Administración, atendidas las circunstancias del caso concreto, anular un acto resulte contrario a la equidad, a la buena fe o a los derechos de los particulares. Y eso es lo que ocurriría, en mi opinión, cuando, en un caso como el resuelto en la sentencia tantas veces citada 19/2017, una vez prescrito el derecho de la Administración a exigir el reintegro de una subvención, por haber transcurrido el plazo establecido (bien en la LGS, bien en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes leyes autonómicas, según se interprete), se exige la devolución de la cantidad otorgada debido a que la Administración —ella, y no el beneficiario— incurrió al otorgarla en un motivo de nulidad. En un caso así —y salvo que el beneficiario haya contribuido a causar la nulidad del acto, fuera conocedor de la misma, o hubiera debido serlo—, creo que una cosa —la prescripción del reintegro— debería conllevar la otra —la imposibilidad de anular un acto— porque anular el acto administrativo resultaría contrario a la buena fe y a la confianza legítima del tercero que ha recibido la ayuda.

No se trata, pues, de “identificar”, sin más, prescripción con imposibilidad de ejercer la revisión de oficio, sino de conectar o vincular una cosa (la inexistencia de plazo de la revisión de oficio) con la otra (el plazo de prescripción de la acción) porque, en efecto, son dos cosas distintas y la ley ha establecido que, ante determinadas circunstancias, la una (la prescripción de acciones del artículo 110 de la LPAC) actúe como excepción de la otra (la imprescriptibilidad de la revisión de oficio del artículo 106 de la LPAC). Por eso, considero acertado el criterio establecido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de enero de 2006, ya comentada: si el plazo de prescripción para recuperar un bien inmueble por su propietario (en ese caso, un Ayuntamiento) es de 30 años según el Código civil, el Ayuntamiento no puede pretender —una vez que haya transcurrido ese plazo— ejercer la acción de nulidad del entonces artículo 102 de la Ley 30/1992, para que se declare nulo el acto administrativo en virtud del cual el Estado embargó y adquirió el bien en cuestión, por mucho que ese acto administrativo pudiera estar viciado de nulidad. Aceptar que cabe la revisión de oficio, argumentando que la nulidad es imprescriptible, equivaldría a conseguir el mismo efecto que el Código civil ha excluido al establecer un plazo para las acciones

reales sobre bienes inmuebles. Si ello fuese posible, la ley de procedimiento administrativo no habría incluido, entre los límites de la revisión de oficio, la prescripción de acciones.

Por tanto, una interpretación que podría resolver esa contradicción aparentemente insalvable que existe entre la imprescriptibilidad de la nulidad (artículo 106 LPAC), por un lado, y la prescripción de acciones como límite a la revisión de oficio (artículo 110 LPAC), por otro, sería la siguiente: cuando el ejercicio de una acción o potestad administrativa de carácter sustantivo, como, por ejemplo, la de exigir el reintegro de una subvención, esté sometido a plazo y ese plazo haya transcurrido, salvo que el beneficiario haya contribuido con su conducta a la nulidad, fuese conocedor de la misma, o debiera haberlo sido, no podrá ejercerse la potestad de revisión de oficio y declarar la nulidad de la subvención. En primer lugar, porque ello resultaría contrario a la equidad, a su buena fe y a sus derechos; y, en segundo lugar, porque ello produciría el mismo resultado que el ejercicio de la potestad de reintegro, vaciando de contenido y convirtiendo en inaplicable uno de los límites del artículo 110 LPAC. A este respecto, cabría añadir que, si el “mero” transcurso del tiempo, sin concreción alguna, constituye un límite a la potestad de revisión de oficio ¿cómo no habría de constituirlo el transcurso de un plazo de prescripción perfectamente definido por el legislador?

Por tanto, y en conclusión, el artículo 110 LPAC debería interpretarse, en mi opinión, en el sentido de que, salvo que el destinatario de un acto favorable haya contribuido a su nulidad, sea conocedor de la misma, o debiera haberlo sido, cuando el ejercicio de un derecho o potestad sustantiva esté sometido a plazo de prescripción y ese plazo haya transcurrido, la Administración no puede -mediante la revisión de oficio- anular un acto favorable haciendo de esa declaración de nulidad el presupuesto del ejercicio de una potestad ya prescrita.

1. El transcurso del tiempo

En un precepto lleno de conceptos abiertos, el del transcurso del tiempo es, probablemente, el más abierto e indeterminado de todos ellos, como así lo pone de manifiesto la aplicación que vienen haciendo de él los Tribunales y los órganos consultivos.

Como reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia, el tiempo transcurrido no basta, por sí solo, para impedir la anulación del acto administrativo y para que, por el contrario, deba mantenerse la situación creada a su amparo, sino que ello será así solo cuando, por el tiempo transcurrido, anular un acto administrativo favorable a los interesados resulte contrario a la equidad, a la buena fe, a los derechos de los particulares o a las leyes. El periodo de tiempo que deberá haber transcurrido podrá ser mucho o poco, dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso. Y por

eso, -utilizando los términos del profesor López Menudo- “tiempos largos” pueden no ser un obstáculo para la revisión de oficio, mientras que “tiempos cortos” pueden, por el contrario, impedirla.

Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, bastaría con poner algunos ejemplos para confirmar lo que acabamos de decir: poco tiempo puede ser “mucho” y debe, por tanto, impedir la revisión de oficio; mientras que “mucho” tiempo puede ser poco para impedir la anulación del acto mediante revisión de oficio. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 23 de octubre de 2000 (recurso 3079/1995), 3 años y 9 meses fueron considerados un tiempo “no conforme con la seguridad jurídica” y, por tanto, excesivo para poder revisar de oficio un acto administrativo que había otorgado una concesión a una empresa. En esa misma línea, la Sentencia de 13 de mayo de 2015 (nº 2291/2015) estimó que 6 años era un tiempo excesivo para revisar de oficio el nombramiento de un guardia civil. Por el contrario, en la Sentencia de 9 de mayo de 2012 (recurso 230/2011), la Sala Tercera concluyó, a la vista de las circunstancias, que el transcurso de 27 años no podía ser un impedimento para anular de oficio la concesión de un título nobiliario, cuando ese título se sustentaba en documentos que fueron declarados falsos.

En la ya comentada sentencia 19/2017, cuando el Tribunal Supremo recuerda cuál es el criterio que “normalmente” les ha llevado a aplicar la excepción del artículo 110 de la LPAC, cita casos en los que el transcurso del tiempo fue de “décadas”; de “veinte años” o de “58 años”; lo cual, de no conocer otras sentencias en las que el Tribunal Supremo sí ha aplicado este límite en casos de “tiempos cortos”, como tres años y nueve meses; seis años; o tiempos “intermedios” como diez años²⁶, podría dar la impresión de que el transcurso del tiempo solo opera como límite cuando estamos hablando de varias decenas de años.

De hecho, resulta llamativo que sentencias del Tribunal Supremo posteriores a la 19/2017, que confirman su doctrina y que la resumen y transcriben, omitan, sin embargo, ese párrafo en el que se dan ejemplos de “tiempos largos”, lo cual hace pensar que quizás ello pueda deberse -dicho sea en términos puramente hipotéticos- a que los respectivos ponentes, en esos casos, podrían haber considerado oportuno prescindir de ese párrafo para evitar que pueda pensarse que, para el Tribunal Supremo, solo en los casos de “tiempos largos” puede aplicarse el límite del transcurso del tiempo del artículo 110 LPAC²⁷. De hecho, así parece haberlo entendido el Tri-

²⁶ En la STS de 1 de julio de 2008 (recurso 2191/2005) se aplicaron los límites del artículo 106 de la Ley 30/1992 por considerar excesivo un período de diez años, al que la Sala de instancia se referiría diciendo: “se pretende una declaración de nulidad, ..., nada más y nada menos que diez años después de la fecha del Acuerdo impugnado”; y el Tribunal Supremo emplearía la expresión “tanto tiempo después”.

²⁷ Se trata de las SSTs 658/2019, de 22 de mayo, y la 1026/2019, de 10 de julio.

bunal Superior de Justicia de Andalucía en, entre otras²⁸, una reciente sentencia en la que cita la 19/2017 del Tribunal Supremo y transcribe el párrafo en el que el Alto Tribunal afirma que “la jurisprudencia” ha aplicado el límite del tiempo transcurrido en supuestos de “décadas”, “veinte años” o “58 años”, para inmediatamente, a continuación, concluir que el tiempo transcurrido en el caso examinado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -casi 10 años- era “muy inferior” a los tiempos establecidos en la Sentencia del Tribunal Supremo de referencia²⁹. Dice así, en efecto, el Tribunal Superior de Justicia, en su sentencia de 11 de octubre de 2023:

“Por lo expuesto, el plazo transcurrido en el presente supuesto entre la concesión de la ayuda y el inicio del primer expediente de revisión de oficio, no sólo no es superior a los que ya ha tenido ocasión de conocer el Tribunal Supremo en el caso de otras ayudas de la Dirección General de Trabajo que han sido objeto de revisión con ocasión del llamado caso de los “ERE”, sino que, además, sigue siendo muy inferior a los que cita el Tribunal Supremo en la referida Sentencia de 11 de enero de 2017 y que permitieron revisar de oficio actos administrativos décadas después de haber sido dictados”.

Por lo que se refiere a la doctrina de los órganos consultivos respecto de la aplicación del criterio del “transcurso del tiempo”, la pluralidad y diversidad de ejemplos llega a su máximo exponente, tal y como minuciosamente ha expuesto el profesor F. López Menudo en un epígrafe de su artículo que expresivamente titula “la volubilidad del factor <<tiempo transcurrido>>”³⁰. En efecto, y por poner solo los ejemplos más significativos de la doctrina de los órganos consultivos, hay casos en los que, como no podría ser de otra forma, se ha considerado que 104 años después de aprobarse un acto administrativo, no procede su revisión de oficio; también se ha considerado que no procede anular un acto cuando han transcurrido 10 o más años desde que se dictó. Por el contrario, se ha estimado que sí procede revisar de oficio un acto administrativo, a pesar de haber transcurrido 24, 16 y 17 años y, finalmente, que 3 años no pueden considerarse, en principio, un tiempo excesivo, pero que no puede descartarse que sí pudiera haberlo sido, si las circunstancias hubieran sido distintas a las que concurrían en ese caso concreto.

A la luz de todo lo expuesto, creo que puede concluirse que el del tiempo transcurrido es un concepto completamente abierto y que concretarlo, a la vista de las circunstancias que concurren en cada caso, puede llevar a soluciones muy distintas. Pero dicho ello, no creo que sea correcto interpretar, como regla general, que solo los “tiempos largos”, semejantes a los que se citan en muchas sentencias del Tribunal

²⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 2032/2020, de 19 de octubre.

²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 11 de octubre de 2023, recurso n.º 904/2021.

³⁰ LÓPEZ MENUDO, F. (2022: 32-35).

Supremo, a partir de la 19/2017, puedan dar lugar a la aplicación del límite establecido en el artículo 110 LAPC. No es eso lo que dice la ley, ni se deduce de ella y, desde luego, no parece razonable considerar que el límite temporal para que la Administración pueda privar de un derecho a un particular por causas que solo resultan imputables a la propia Administración sea de varias décadas.

2. La revisión de oficio y el límite de la cosa juzgada

Entre los límites a la revisión de oficio establecidos en el artículo 110 de la LPAC no está incluida, como tal, la cosa juzgada, pero, sin duda alguna, opera como límite al ejercicio de la revisión de oficio, tanto si se produce a instancia de la Administración como si lo es a instancia del interesado, de tal manera que lo juzgado por una sentencia firme no puede ser objeto de una nueva revisión.

En una sentencia reciente -de 4 de julio de 2023- el Tribunal Supremo ha resumido la jurisprudencia sobre la importante cuestión de cómo opera el límite de la cosa juzgada frente a la revisión de oficio. Dice al respecto la Sala Tercera:

“La jurisprudencia es clara en el sentido, al efecto véase la sentencia del Tribunal Supremo de 18 mayo 2010, de que no es posible solicitar la revisión de oficio por existir cosa juzgada, cuando previamente se impugnó en vía jurisdiccional, aunque se aleguen distintos motivos de nulidad. No se puede, pues, reabrir el debate ante la Administración cuando, previamente, el acto administrativo cuya nulidad se postula, se hubiera visto implícitamente confirmado como consecuencia de la desestimación de un recurso jurisdiccional contra él interpuesto, incluso cuando contra el expresado acto se esgrimieran *ex novo* motivos de nulidad que no fueron aducidos en el proceso contencioso administrativo previo, entre otras sentencias de 21 julio 2003, rec. cas. 7913/2000; de 13 diciembre 2007, rec. cas. 346/2005; o de 18 mayo 2010, rec. cas. 3238/2007; de no ponerse este coto, es evidente que bastaría alegar un nuevo argumento o motivo para cuestionar cualquier sentencia firme, con quiebra del principio de seguridad jurídica. Además, ha de hacerse valer, que el que insta la tutela judicial frente a un acto administrativo tiene la carga procesal de agotar todos los motivos de nulidad y anulabilidad, de suerte que de quedar alguno imprejuzgado por no haber sido invocado, debe entenderse que los mismos han sido consentidos.

En definitiva, el ejercicio de la acción de nulidad de pleno de derecho tiene como límite el no haber interpuesto previamente recurso contencioso administrativo pretendiendo su nulidad, aunque se quieran alegar nuevos motivos, si hubiese recaído sentencia desestimatoria, pues el actor tiene la carga de agotar todos los motivos de nulidad o anulabilidad en que haya incurrido a su entender el acto impugnado,

so pena de dejar consentidos tales vicios -cabrían hacer alguna matización, pero no es el caso-³¹.

La revisión de oficio tiene, pues, este otro límite: que el acto haya sido confirmado por una sentencia judicial firme. Dicho lo cual, el problema que se plantea en la práctica es el de determinar qué debe entenderse por “acto sometido a revisión judicial y confirmado” o, dicho de otro modo, si la cosa juzgada impide la revisión de oficio, en todo caso, o solo en el caso de que el acto administrativo anulado y confirmado por sentencia judicial lo haya sido por razones de fondo. A continuación, expondré, de la forma más resumida posible, pero inevitablemente extensa, tres Sentencias del Tribunal Supremo que ponen de manifiesto cómo puede volverse una y otra vez sobre un mismo acto administrativo que ya ha sido objeto de revisión por sentencia firme, incluso cuando esa firmeza no es consecuencia de la inexistencia de más recursos, sino del consentimiento del afectado que, pudiendo recurrirla, no lo ha hecho. Empezaré por un supuesto en el que se produce exactamente esta circunstancia.

- Sentencia del Tribunal Supremo nº 57/2017, de 18 de enero.

Esta sentencia trae causa de un procedimiento selectivo -convocado en el año 2000 por una Administración autonómica- en el que el tribunal calificador aplicó criterios y requisitos que no estaban en las bases. Uno de los participantes (llamémosle A) impugnó en vía administrativa la resolución de 5 de junio de 2001, por la que se hacía pública la lista de aprobados y eliminados en la prueba práctica, y su recurso fue desestimado. Así mismo fue desestimado su recurso contencioso-administrativo por el Tribunal Superior de Justicia del País vasco. Frente a dicha desestimación, el interesado preparó recurso de casación que fue declarado desierto por Auto del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2003.

Se dio la circunstancia de que otro aspirante (llamémosle B) obtuvo una sentencia estimatoria por parte del Tribunal Supremo (STS de 27 de junio de 2008, recurso 1405/2004); y cuando el aspirante A conoció esta sentencia actuó de la forma siguiente: primero, pidió la extensión de efectos, a la que no hubo lugar; luego, promovió incidente de ejecución, que tampoco prosperó por entender el Tribunal Superior de Justicia que la sentencia ya había sido ejecutada plenamente; después, solicitó la revocación de la resolución de 5 de junio de 2001 (lista de aprobados y eliminados según los resultados definitivos del ejercicio práctico del proceso selectivo), al amparo del artículo 105.1 de la entonces vigente Ley 30/1992, y su solicitud fue desestimada por Orden de 1 de octubre de 2012 y confirmada en recurso de reposición, con el argumento de que el cauce que había seguido -la revocación- no era el adecuado y que, para hacer valer sus pretensiones, debía seguir el procedimiento del artículo 102

³¹ STS de 4 de julio de 2023, Sentencia nº 909/2023. El subrayado es añadido.

de la misma ley (revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho). Por último, el interesado ejerció la acción de nulidad del artículo 102 de la Ley 30/1992, la cual fue inadmitida por Orden de 19 de marzo de 2013 con el doble argumento de que no podían contradecirse los términos de una sentencia ya firme y de que, además, las exigencias de seguridad jurídica y de protección a los demás aspirantes operaban como límite de las facultades revisoras de la Administración autonómica.

Contra esta actuación administrativa, el interesado interpuso recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia del País vasco, argumentando, sustancialmente, que la existencia de una sentencia previa ya firme que había rechazado su recurso sobre el mismo acto era razón suficiente para justificar la inadmisión de la solicitud de revisión de oficio. Tras ello, el interesado recurrió en casación y el Tribunal Supremo -en la sentencia 57/2017- estimó su recurso; anuló la sentencia recurrida; anuló también el acuerdo del tribunal calificador sobre los resultados definitivos del ejercicio práctico en lo concerniente al recurrente; y reconoció el derecho del recurrente a que se le aplicaran determinadas puntuaciones y a que se le incluyera en la lista como apto y con una puntuación concreta; así como su derecho a proseguir el proceso selectivo, con los efectos inherentes y consecuentes a su continuidad en el mismo. Conviene recordar que el procedimiento selectivo fue convocado en junio de 2000 y esta sentencia del Tribunal Supremo es de enero de 2017.

Ignoro si, tantos años después (casi 16), el recurrente pudo proseguir el proceso selectivo y, de haber sido posible, si afectó, y cómo, a las personas que culminaron años atrás el concurso-oposición de que se trataba, pero lo que resulta sorprendente es que, en un supuesto como este, en el que el interesado dejó que su recurso de casación se declarara desierto porque, como dice la propia sentencia, “no llegó a formalizar recurso de casación”, el Tribunal Supremo considere que era procedente revisar de oficio el acto administrativo en cuestión porque se sabía sin duda que era contrario al ordenamiento jurídico y lesivo de un derecho fundamental.

Ciertamente, y es justo reconocerlo, la Sala destaca, e insiste en ello, las “características singulares” del caso, pero esa singularidad, si no he interpretado mal la sentencia, no era otra que el hecho de que el acto administrativo que el recurrente dejó que ganara firmeza vulneraba un derecho fundamental (art. 23 CE) y se tenía la certeza de que era así porque un aspirante más diligente que él no abandonó el recurso de casación y obtuvo, finalmente, una sentencia estimatoria; sentencia, por cierto, que como dijera el Tribunal Superior de Justicia del País vasco, en el incidente de ejecución que el aspirante A promovió cuando conoció la sentencia estimatoria que había obtenido el que he llamado el aspirante B, ya había sido plenamente ejecutada, lo que me hace suponer que en su día repondrían en su derecho al aspirante

que vio estimadas sus pretensiones, con los correspondientes efectos sobre el resto de los participantes en el proceso selectivo.

- Sentencia del Tribunal Supremo 143/2023, de 7 de febrero.

En esta sentencia, la Sala Tercera consideró ajustado a Derecho que, en noviembre de 2020, la Administración revisara de oficio y anulara una autorización que había sido obtenida por silencio en febrero de 2006. En esos cerca de 15 años que transcurrieron entre una cosa y otra, se sucedieron varias actuaciones, entre las que cabe destacar dos sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias que reconocieron el derecho del recurrente a obtener no solo esa autorización, sino una segunda, de la que la primera era requisito previo. A pesar de ello, y como ya he adelantado, el Tribunal Supremo confirmó la anulación de la primera licencia. Aunque resulte tediosa la exposición de fechas y actuaciones, creo que es imprescindible para entender el alcance de la doctrina sentada en esta sentencia.

El 15 de diciembre de 2005, una empresa solicitó a la Administración la autorización para la instalación de un salón de juegos recreativos, conforme a un proyecto que había sido informado favorablemente por la Administración. El día 17 de enero de 2006, vencido ya el plazo establecido para dictar y notificar resolución expresa que, en aquel caso, era de un mes, la empresa recibió una notificación por la que la Administración le requería para que presentara un certificado del Ayuntamiento sobre la distancia del Salón de juegos y el centro escolar más cercano. El 8 de febrero de ese mismo año la empresa solicitó certificación del silencio positivo y, al día siguiente, la Administración le denegó la autorización para la instalación del salón de juegos.

Tras interponer recurso de alzada, que fue desestimado, la empresa planteó recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia y este, por sentencia 179/2012, de 17 de septiembre, estimó el recurso y reconoció su derecho a instalar el salón de juegos en lugar para el que había solicitado la autorización obtenida por silencio. Posteriormente, y en cumplimiento de esta sentencia, la Administración, con fecha 7 de noviembre de 2016, otorgó de forma expresa a la entidad recurrente la autorización para la instalación del salón de juegos recreativos.

Dado que la autorización de instalación era requisito previo para obtener una segunda y necesaria autorización -la de apertura y funcionamiento-, la empresa la solicitó el día 19 de abril de 2017 y la Administración, de nuevo, incumplió su deber legal de dictar y notificar resolución en plazo. Pero, a cambio, el 21 de diciembre de 2017 acordó iniciar la revisión de oficio sobre la autorización de instalación, es decir, la autorización primera y previa a la de apertura y funcionamiento que había sido obtenida por silencio y, después, de forma expresa cuando, en ejecución de sentencia, la Administración dictó resolución autorizando la instalación del salón de juegos. La revisión de oficio terminó con una resolución, de 6 de noviembre de 2020, por la que

la Administración declaró la nulidad de pleno derecho de la autorización de instalación por carecer de los requisitos esenciales para obtenerla (debido a problemas de distancia con el centro escolar).

Recurrida esta resolución por la empresa ante el Tribunal Superior de Justicia, este dictó sentencia estimatoria -la 700/2020, de 17 de diciembre- por considerar que la revisión de oficio no procede cuando hay sentencia judicial firme sobre el acto que se pretende revisar. En el fallo de su sentencia, el Tribunal Superior de Justicia reconoció el derecho de la entidad recurrente “a obtener de la Administración regional -de inmediato- las autorizaciones de apertura y funcionamiento” del salón de juegos recreativos de que se trataba, “con las consecuencias de toda índole legalmente inherentes a este pronunciamiento”.

Contra esta sentencia recurrieron en casación la Administración autonómica y los codemandados en el proceso principal (otra empresa de juegos y una Asociación de este sector) y el Tribunal Supremo estimó su recurso y anuló la sentencia recurrida, fijando la siguiente doctrina sobre la cuestión de interés casacional que había sido planteada:

“Una interpretación de los artículos 106 y 47.1.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, puestos en relación con lo dispuesto en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el alcance del efecto positivo de la cosa juzgada, conduce a declarar que, habiendo recaído sentencia firme que declara producido por silencio positivo un acto administrativo -en este caso, la autorización para la instalación de un salón de juegos- la revisión de oficio de dicho acto no resulta impedida por el efecto positivo de la cosa juzgada derivado de aquella sentencia cuando, como sucede en el caso que se examina, la resolución judicial únicamente se pronunció en el sentido de afirmar que había operado el silencio positivo, por entender cumplidos los requisitos para que se entendiese producido un acto presunto de contenido positivo, sin haber entrado a examinar la sentencia las posibles ilegalidades de fondo de las que pudiera estar aquejada la autorización obtenida por silencio”³².

Llama la atención que el incumplimiento reiterado, por parte de la Administración, de su obligación legal de dictar y notificar resolución expresa en plazo, termine siendo si no premiado, sí “neutralizado” con el ejercicio de una potestad “extraordinaria” de autotutela administrativa, mientras que, respecto de la empresa, nada ha jugado a su favor: ni el tiempo transcurrido; ni la confianza legítima; ni dos resoluciones -una expresa y otra presunta- reconociendo su derecho a la autorización; ni, finalmente, dos sentencias firmes que le reconocieron ese derecho. Y todo ello a pesar de que habían transcurrido casi 15 años desde que la empresa obtuvo por silencio la

³² STS 143/2023, de 7 de febrero. El subrayado es añadido.

autorización (otorgada, luego, de manera expresa por la Administración); y más de 8 desde que una sentencia firme le reconociera explícitamente el derecho a instalar el salón de juegos recreativos.

- Sentencia del Tribunal Supremo nº 909/2023, de 4 de julio

En esta sentencia, el Tribunal Supremo estimó el recurso de una empresa que, en su día, interpuso fuera de plazo un recurso de alzada contra acuerdos de liquidación y sanción del impuesto de Sociedades y que, después de que una sentencia de la Audiencia Nacional declarara conforme a Derecho la inadmisión por extemporáneo de su recurso, solicitó la revisión de oficio de los actos administrativos recurridos.

Contra la liquidación y sanción acordadas por la Agencia Tributaria, la entidad mercantil interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal económico-administrativo regional de Cataluña, que la desestimó por resolución de 16 de mayo de 2013. Contra esta resolución, la empresa recurrió en alzada ante el Tribunal económico-administrativo central, pero lo hizo fuera de plazo y este tribunal lo inadmitió por extemporáneo. Finalmente, la entidad mercantil recurrió ante la Audiencia Nacional y ésta dictó sentencia -de 3 de mayo de 2017- confirmando la inadmisión por extemporaneidad y declarando que no procedía el examen de las cuestiones de fondo.

Casi dos años después, la entidad mercantil solicitó a la Agencia Tributaria la declaración de nulidad de pleno derecho de los acuerdos de liquidación y sanción, y la Agencia declaró inadmisibles las solicitudes por considerar que, por aplicación del artículo 213.3 de la Ley General Tributaria, no eran revisables en ningún caso los actos de aplicación de tributos y de imposición de sanciones ni las resoluciones de las reclamaciones económico-administrativas cuando hayan sido confirmados por sentencia judicial firme.

Recurrida por la empresa la inadmisión de su solicitud, el Juzgado Central de lo contencioso-administrativo estimó su recurso; anuló la resolución de inadmisión y ordenó a la Administración que admitiera la solicitud y dictara una resolución sobre el fondo del asunto.

La Abogacía del Estado recurrió esta sentencia en apelación y la Audiencia Nacional (sentencia de 13 de abril de 2021) estimó su recurso declarando que el artículo 213 de la Ley General Tributaria no permite revisar actos que hayan sido confirmados por sentencia firme, como lo era, en aquel caso, la sentencia de la propia Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2017.

La entidad mercantil recurrió, finalmente, en casación, y la Sala Tercera del Tribunal Supremo, aplicando y transcribiendo la Sentencia que ha quedado expuesta en el apartado anterior, concluyó lo siguiente:

“Como puede apreciarse toda la doctrina jurisprudencial se ha forjado y gira en torno al límite de la petición de revisión tras sentencia firme que declara la conformidad a Derecho del acto que se pretende revisar, esto es, que se pronuncia sobre el fondo del asunto, pues el principio de seguridad jurídica no permite, en general, reabrir debates definitivamente resueltos por los Tribunales de Justicia. A sensu contrario, cuando la sentencia no ha podido pronunciarse sobre la conformidad jurídica del acto - en general por motivos de inadmisibilidad, o como se ha puesto de manifiesto por concurrir un supuesto de silencio positivo-, no existe este límite para solicitar el procedimiento de revisión especial. Y ello porque el citado límite hace referencia, como no podía ser de otro modo atendiendo a su fundamento expuesto jurisprudencialmente, a la “*res iudicata*” material en sentido estricto. Esto es, no se podrá revisar en vía administrativa un acto o resolución por motivos ya analizados en un proceso contencioso-administrativo en el que se haya dictado sentencia firme confirmando el acto, que ha conllevado la desestimación de los motivos de impugnación.

La expresión del precepto, “*Cuando hayan sido confirmados por sentencia judicial firme*”, no hace más que positivizar la doctrina jurisprudencial desarrollada en la normativa general en sede tributaria, reafirmando la misma al exigir la confirmación, que tal y como alega la parte recurrente, debe entenderse en el sentido de que la confirmación supone declarar que el “acto es ajustado a derecho. En el caso a enjuiciar, no puede ser de aplicación el precepto, puesto que la sentencia que sirve de justificación para acordar aquella imposibilidad de revisión no contiene <<(…) la confirmación (…)>> que exige dicho artículo; solo se resuelve por la sentencia que el recurso de alzada contra el acto administrativo se interpuso fuera de plazo”.

Según esta doctrina, cabe, pues, revisar de oficio un acto desfavorable o de gravamen contra el que se recurrió fuera de plazo, y cuya extemporaneidad fue declarada conforme a Derecho por la Audiencia Nacional en una sentencia que devino firme. Dos años después de dictarse esa sentencia, según el Tribunal Supremo, al particular que recurrió fuera de plazo “le quedaba” todavía la acción de nulidad, sin plazo. Si esta es la regla general -y, en principio parece que debería serla, puesto que, al fin y al cabo, estamos ante un recurso de casación que está llamado a sentar jurisprudencia sobre cuestiones generales y de interés casacional objetivo- ¿cuál sería entonces la consecuencia? ¿Que, a pesar de que un recurso administrativo preceptivo, como es el de alzada, haya sido inadmitido por extemporáneo, subsisten, intactos, el derecho del recurrente a ejercer la acción de nulidad (sin plazo), por un lado, y el deber de la Administración de admitirla y dictar una resolución sobre el fondo, por otro? ¿tiene algún sentido recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa la inadmisión del recurso administrativo, si es que hubiera razones para ello, cuando el interesado tiene a su disposición la alternativa de la acción de nulidad sin plazo?

Pero, sobre todo y, para terminar, ¿qué sentido tiene, entonces, que los recursos administrativos estén sujetos a plazo?

Lo que ha quedado expuesto hasta aquí demuestra, como ya adelanté al inicio de este trabajo, las carencias de una regulación que, sorprendentemente, permanece casi inalterada desde la Ley de Procedimiento administrativo de 1958, y que lleva a diversas contradicciones en su aplicación práctica y a interpretaciones que, en algunos casos, resultan difícilmente aceptables.

IV. LA REGULACIÓN DE LA REVISIÓN DE OFICIO EN OTROS PAÍSES: FRANCIA, ITALIA, ALEMANIA Y PORTUGAL

Debido, seguramente, a la traslación mecánica al ámbito del Derecho administrativo de la teoría de la invalidez del negocio jurídico del Derecho privado, algunas de las características que definen el régimen de la nulidad del acto administrativo participan de los elementos propios de los dogmas, es decir, de lo que se tiene por cierto e innegable y que, por estar en la naturaleza de las cosas, no puede concebirse de otra manera. Por eso es conveniente estudiar cómo está regulada en otros países la revisión de oficio y, en particular, la cuestión de la imprescriptibilidad de la nulidad.

1. Francia

En Francia, la revisión de oficio de los actos administrativos está regulada, aunque no con ese nombre, en el *Code des relations entre le public et l'administration*, de 2016 (en adelante, CRPA). Concretamente, se encuentra dentro del Título IV de la Ley, que lleva por rúbrica lo que podemos traducir como “pérdida de vigencia de los actos administrativos”³³, y que lo integran los artículos 240 a 243, ambos incluidos.

Sin necesidad de entrar a exponer el régimen completo de la extinción de los actos administrativos en Derecho francés, ni de referirme a los diversos supuestos que distingue la ley³⁴, me centraré, exclusivamente, en la regulación de lo que sería el equivalente a nuestra revisión de oficio de los actos favorables o declarativos de derechos, si bien con una importante advertencia: el Derecho Administrativo francés no distingue entre nulidad y anulabilidad, sino que todo acto contrario a Derecho es ilegal y, por tanto, nulo. En Derecho administrativo francés, la única categoría diferenciada del acto nulo es la de la inexistencia, pero se trata un supuesto difícil de definir y aplicado raras veces por la jurisprudencia³⁵.

³³ En la ley francesa: “*La sortie de vigueur des actes administratifs*”.

³⁴ Me remito a lo expuesto por RUIZ PALAZUELOS, N., “Anulación y poderes del juez: las enseñanzas del caso francés”, en RAP n° 208, 2019, pp. 191-200 y por MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., (2019: 77-89).

³⁵ RUIZ PALAZUELOS, N., (2019:191-194).

La primera regla general, establecida en el artículo 240.1 CRPA, es la que distingue entre dos supuestos de extinción “jurídica” de los actos administrativos: “abrogation” y “retrait”; definiendo la primera como la desaparición jurídica del acto para el futuro; y la segunda como su desaparición jurídica tanto para el futuro como también hacia el pasado, es decir, la anulación con efectos retroactivos. Así, pues, dependiendo de los casos, un acto administrativo puede ser anulado solo con efectos hacia el futuro (*ex nunc*) o, también, con efectos retroactivos o hacia el pasado (*ex tunc*).

La regla principal, a los efectos que nos interesan (revisión de oficio de actos declarativos de derechos), se encuentra en el artículo 242.1 CRPA³⁶, a tenor del cual la Administración solo puede extinguir -por *abrogation* o *retrait*- un acto administrativo declarativo de derechos, ya sea por su propia iniciativa o a instancia de un tercero, si el acto es ilegal y no han transcurrido más de 4 meses desde que la Administración lo dictó³⁷. Así pues, si se trata de lo que, simplificando mucho, podríamos considerar equivalente a nuestra categoría de los actos favorables, la anulación de oficio por parte de la Administración de los actos nulos tiene un límite temporal de 4 meses.

Las únicas dos excepciones a esta regla se contemplan en los artículos 241.1 y 242.2 CRPA. Así, de acuerdo con lo establecido en el artículo 241.1 del citado Código³⁸, un acto administrativo obtenido mediante fraude puede ser extinguido por la Administración, ya sea mediante *abrogation* o mediante *retrait*, en cualquier momento. Pero, incluso en estos casos, en los que el administrado -con intención o con conciencia de ello- ha “engañado” a la Administración, la Administración puede anular, sin plazo, sus propios actos, pero no puede ignorarlos, ya que, como ha establecido el Consejo de Estado, mientras no sea declarado nulo, todas las Administraciones tienen la obligación de respetar todos los efectos legales que deriven del acto en cuestión³⁹.

³⁶ “*L’administration ne peut abroger ou retirer une décision créatrice de droits de sa propre initiative ou sur la demande d’un tiers que si elle est illégale et si l’abrogation ou le retrait intervient dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision*”.

³⁷ Esta regla se completa con lo establecido en el artículo 242.3: “*Sur demande du bénéficiaire de la décision, l’administration est tenue de procéder, selon le cas, à l’abrogation ou au retrait d’une décision créatrice de droits si elle est illégale et si l’abrogation ou le retrait peut intervenir dans le délai de quatre mois suivant l’édition de la décision*”.

³⁸ Artículo 241.1: “*Par dérogation aux dispositions du présent titre, un acte administratif unilatéral obtenu par fraude peut être à tout moment abrogé ou retiré*”.

³⁹ Conseil d’État, 29 de noviembre de 2002, n° 223027, asunto “*Assistance publique-Hôpitaux de Marseille*”.

V. RENARD, S., “L’acte administratif obtenu par fraude. Un acte créateur de droits précaires”, en la *Actualité Juridique de Droit Administratif*, 2014; y AUSTRY, S., “Retrait et abrogation: le cas des actes à objet pécuniaire et des actes obtenus par fraude”, *Conclusions sur Conseil d’État, Section*, 6 novembre 2002, Mme. Soulier, en *Revue Française de Droit Administratif*, 2003.

La segunda excepción -establecida en el artículo 242.2 CRPA⁴⁰- consiste en que la Administración puede, sin sometimiento a plazo, “derogar” (*abroger*) un acto declarativo de derechos, cuyo mantenimiento está sometido a una condición que no se ha cumplido; y “retirar” un acto por el que se haya otorgado una subvención cuando las condiciones que se le han impuesto en el otorgamiento no han sido respetadas.

Así, pues, y para concluir, en Derecho francés, aparte de estas excepciones que acabamos de ver y de los casos de inexistencia, de infrecuente aplicación, la potestad de anulación de oficio de los actos favorables al interesado está sometida a un plazo de solo 4 meses. Por tanto, transcurridos 4 meses desde que se dictó un acto administrativo que atribuye derechos a una persona, la Administración no puede -ni por su propia iniciativa, ni a solicitud de un tercero- anularlo, sea cual sea la infracción del ordenamiento jurídico que determine su ilegalidad.

2. Italia

El Derecho administrativo italiano sí distingue y regula las dos categorías de invalidez, esto es, la nulidad y la anulabilidad. Lo hace en la Ley 241/1990, “*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*”, en unos preceptos que fueron introducidos por la ley 15/2005.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 21.1-*septies* de la que, en adelante, llamaré Ley de Procedimiento administrativo, es nulo el acto administrativo que carece de los elementos esenciales; que está viciado por falta absoluta de atribución; que ha sido adoptado violando o eludiendo la cosa juzgada; así como en los demás casos expresamente previstos en la ley⁴¹. Según lo establecido en el artículo 21.1-*octies* de la misma ley, es anulable el acto administrativo adoptado violando la ley, o viciado de exceso de poder o por incompetencia⁴².

Por lo que respecta a la revisión de oficio por parte de la Administración de sus propios actos, cuando estos son favorables a los administrados, la Ley italiana de Procedimiento administrativo solo regula el “*annullamento d’ufficio*” de los actos anulables⁴³, guardando silencio sobre la potestad de anulación de oficio de los actos

⁴⁰ Artículo 242.2: “*L’administration peut, sans condition de délai: 1° Abroger une décision créatrice de droits dont le maintien est subordonné à une condition qui n’est plus remplie; 2° Retirer une décision attribuant une subvention lorsque les conditions mises à son octroi n’ont pas été respectées*”.

⁴¹ Artículo 21.1-*septies*: “*E’ nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge*”.

⁴² Artículo 21.1-*octies*: “*E’ annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza*”.

⁴³ Artículo 21-*nonies*: “*il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell’articolo 21-*octies* [es decir, el acto anulable], può essere annullato d’ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell’adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi*”.

nulos⁴⁴. No parece razonable interpretar este silencio en el sentido de que, en Italia, la Administración no pueda anular de oficio sus actos administrativos nulos, cuando sí que puede hacerlo cuando se trata de actos anulables⁴⁵. Más bien, cabría pensar que, en Derecho administrativo italiano, se considera que, puesto que los actos nulos no producen efectos, la Administración puede declarar su nulidad en cualquier momento, sin necesidad de que la ley tenga que habilitarla expresamente para ello. Lo cual, si fuera así, no dejaría de ser sorprendente, pues significaría aceptar que una potestad tan extraordinaria como es la que habilita a la Administración para anular, sin sometimiento a plazo alguno, un acto que previamente ha atribuido derechos a un ciudadano sería una potestad que no está expresamente atribuida por la ley, sino que se deduciría de un principio que tampoco está previsto en la ley y que resulta tan cuestionable, por las razones que explicaré más adelante, como es el de *quod nullum est nullum effectum producit*.

Por lo que respecta a la única revisión de oficio que está regulada en la ley italiana de Procedimiento administrativo -la de los actos anulables favorables- lo primero que debe destacarse es que la potestad de anulación está sometida a un plazo “razonable” que no podrá ser superior a 12 meses desde el momento de su adopción.

En segundo lugar, la ley precisa que los actos que pueden ser objeto de anulación de oficio, dentro de un plazo máximo de 12 meses, son las autorizaciones y, en general, los actos administrativos que otorgan ventajas económicas, incluidos los supuestos de silencio positivo.

Finalmente, la ley prevé que, además de la ilegalidad del acto y del límite temporal, para que la Administración pueda ejercer su potestad de revisión de oficio y anular un acto favorable y viciado de anulabilidad, deberán concurrir razones de interés general⁴⁶ y tomarse en consideración los intereses de los destinatarios del acto, así como de los “controinteressati” o perjudicados por dicho acto.

economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20 [silenzio positivo], e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge”.

⁴⁴ Cosa distinta es que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 31.4 del *Codice del Processo amministrativo* (Decreto Legislativo 104/2010), la Administración pueda alegar y hacer valer la nulidad del acto, sin límite de tiempo, dentro de un recurso interpuesto por un interesado; pero eso, obviamente, no es una revisión de oficio. Dice así el precepto citado: “*la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice*”.

⁴⁵ En este sentido, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Administrativo Regional de Sicilia, de 20 de julio de 2010: “*rientra sicuramente nei poteri di autotutela legittimamente esercitabili dalla Amministrazione pubblica quello di rimuovere un provvedimento amministrativo in precedenza adottato ed affetti da nullità assoluta con il conseguente travolgimento degli effetti scaturenti da tale atto, di cui viene dichiarata la nullità*”. En M. CALARESU y F. PIGNATIELLO, “La nullità del provvedimento”, en *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, 2023, p. 676.

⁴⁶ Por ello, se ha dicho que la anulación de oficio de los actos anulables no está basada solamente en la existencia de una ilegalidad, sino que es necesario que la anulación y el restablecimiento de la legalidad

3. Alemania

En Alemania, la Ley de Procedimiento administrativo⁴⁷, dentro del Título III -Acto Administrativo- y, concretamente, en la Sección 2, cuya rúbrica es “la firmeza del acto administrativo”, regula lo que sería el equivalente a nuestra revisión de oficio, distinguiendo entre los actos nulos (artículo 44) y los actos anulables (art. 48).

En primer lugar, y a diferencia de nuestra ley de Procedimiento administrativo, la ley alemana establece el principio de la ineficacia *ab initio* de los actos administrativos nulos, diciendo, en su artículo 43.3, que el acto administrativo nulo no produce efectos. Y, como consecuencia de ello, en su artículo 44.5, dispone que “el órgano competente puede declarar de oficio la nulidad en cualquier momento. A solicitud de un interesado se declarará cuando el solicitante demuestre tener un interés fundado en dicha declaración”.

Así, pues, la nulidad, en el Derecho administrativo alemán, es imprescriptible y, además, lo es de manera absoluta, pues no existe un precepto equivalente al artículo 110 de nuestra Ley de Procedimiento administrativo que establezca límites a esa posibilidad de declarar la nulidad en cualquier momento. Que ello sea así puede deberse a que, en Alemania, tanto en el Derecho positivo como en la práctica, los supuestos de nulidad son verdaderamente escasos, pues solo se considera nulo el acto que incurre en un vicio que es muy grave y que, además, se manifiesta de forma evidente. Así lo establece el artículo 44.1 de la ley alemana de Procedimiento al decir que un acto administrativo será nulo cuando sea evidente que está afectado por un vicio particularmente grave (artículo 44.1). Es decir, solamente cuando se dé esa evidencia -lo cual, dada la complejidad del Derecho administrativo, no será frecuente- podrá decirse que un acto administrativo es nulo.

Por lo que respecta a los actos anulables, que son la mayoría de los supuestos de ilicitud en los que incurren los actos administrativos, la ley prevé, en su artículo 48.1, que “los actos administrativos anulables, aun después de haber devenido firmes, pueden ser revisados de oficio total o parcialmente y con efectos retroactivos o sólo para el futuro”. Pero, si se trata de un acto que haya declarado o confirmado un derecho o una situación de ventaja con relevancia jurídica, es decir, de un acto favorable, solo podrá revisarse si se dan las condiciones establecidas en los apartados 2 a 4 de este parágrafo. Entre esas condiciones, me interesa destacar la establecida en

comporte, también, un beneficio, actual y concreto, para el interés público. Vid. M. Sinisi, en “Il potere di autotutela caducatoria”, en *Principi e regole dell'azione amministrativa*, (2023: 554-555).

⁴⁷ *Verwaltungsverfahrensgesetz –VwVfG*, de 25 de mayo de 1976. Agradezco al profesor J. GARCÍA LUENGO la traducción de los preceptos de la ley alemana que regula la revisión de oficio de los actos administrativos nulos y anulables.

Sobre esta cuestión, v. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. (2019: 90-96).

el apartado 4⁴⁸, a tenor del cual, “cuando el órgano competente tenga conocimiento de los hechos que justifican la revisión de oficio de un acto anulable, la revisión sólo será válida en el plazo de un año desde el momento en el que se tuvo dicho conocimiento”. Ahora bien, como el mismo apartado prevé, no se aplicará el plazo del año y, por tanto, se podrán anular los actos favorables anulables en cualquier momento, cuando el administrado haya obtenido el acto administrativo mediante fraude, intimidación o cohecho.

Así, pues, y resumiendo mucho, el Derecho administrativo alemán, en primer lugar, consagra expresamente en su ley de procedimiento el principio *quod nullum est nullum effectum producit*; en segundo lugar, y como consecuencia de ello, establece que la nulidad puede declararse de oficio o a instancia del interesado, en cualquier momento, pero solo en los muy escasos supuestos en los que el acto pueda calificarse de nulo, para lo cual, como ya he dicho, tiene que estar afectado por un vicio particularmente grave que, además, tiene que ser evidente; en tercer y último lugar, y para el grueso de los actos administrativos contrarios a Derecho (los anulables), establece que podrán revisarse de oficio los actos favorables, en el plazo de un año, salvo que el acto haya sido obtenido con fraude, intimidación o cohecho, en cuyo caso no habrá plazo. Por tanto, como en el Derecho francés, se aplica el principio *fraus omnia corrumpit*.

4. Portugal

Finalmente, en Portugal, el *Código do Procedimento Administrativo* (Decreto-Ley 4/2015) regula las categorías de la revocación y la anulación del acto administrativo,

⁴⁸ Las condiciones establecidas en los apartados 2 y 3 son las siguientes:

2. Los actos administrativos que reconocen una prestación pecuniaria o en especie y divisible, sea ésta única o periódica, o que son condición para dicho reconocimiento, no pueden ser revisados de oficio cuando el interesado confió en el mantenimiento del acto y su confianza, tras ponderación con el interés público a la revisión, resulta protegible. La confianza resulta, por regla general, protegible cuando el interesado ha consumido la prestación reconocida o ha tomado [como consecuencia del acto favorable] una disposición de contenido patrimonial que no puede alterar o sólo puede hacerlo mediante desventajas inasumibles. El interesado no puede apelar a la confianza cuando:

1. Ha obtenido el acto administrativo a través de fraude, intimidación o cohecho.

2. Ha obtenido el acto administrativo a través de informaciones, esenciales para su dictado, que resultaron incorrectas o incompletas.

3. Conocía la antijuridicidad del acto o si no la conocía era como consecuencia de una negligencia grave. Cuando concorra la circunstancia del supuesto tercero [conocimiento o desconocimiento gravemente negligente de la antijuridicidad del acto] la revisión de oficio tendrá, por regla general, efecto retroactivo.

3. Cuando se revisen de oficio actos administrativos anulables que no estén incluidos en el apartado segundo, el órgano competente, a petición del interesado, le ha de compensar el perjuicio patrimonial que haya sufrido al haber confiado en el mantenimiento del acto, siempre que su confianza sea, tras ponderación con el interés público, protegible, para lo que se debe aplicar lo dispuesto en la frase tercera del apartado 2 anterior. El perjuicio patrimonial no se resarcirá más allá del importe que el destinatario tiene en el mantenimiento del acto. El importe de la compensación se fijará por el órgano administrativo competente.

definiendo la primera como el acto administrativo que determina el cese de los efectos de otro acto por razones de mérito, conveniencia u oportunidad (art. 165.1), y la segunda -la anulación- como el acto administrativo que determina la “destrucción” de los efectos de otro acto con fundamento en su invalidez (art. 165.2).

La Ley portuguesa, al igual que la española, distingue entre dos grados de invalidez, según la gravedad del vicio en el que haya incurrido la Administración al dictarlo: la nulidad (art. 162) y la anulabilidad (art. 163). Y esa distinción tiene efectos muy importantes sobre la potestad administrativa para anular de oficio sus propios actos, ya que existe una diferencia radical entre el régimen de anulación de oficio de los actos anulables y el de los actos nulos.

En efecto, a tenor de lo establecido en el art. 163.4 del *Código do Procedimento*, “los actos anulables pueden ser anulados por la Administración en los plazos legalmente establecidos”; plazos que, según los casos, son de 1 año o de 5 años (art. 168).

La nulidad, por el contrario, puede ser declarada en cualquier momento (“*a todo o tempo*”), como literalmente dice el art. 162.2 del *Código do Procedimento*. En este precepto, que regula el “régimen de la nulidad”, se contienen tres reglas esenciales. En primer lugar, se afirma que el acto nulo no produce efectos jurídicos, y ello con independencia de que se produzca o no la declaración de nulidad⁴⁹. A continuación, y como consecuencia de que el acto nulo no produce efectos, el precepto dispone que, salvo disposición legal en contrario, “la nulidad es invocable en cualquier momento por cualquier interesado o puede, también en cualquier momento, ser conocida por cualquier autoridad o declarada por los tribunales administrativos o por los órganos administrativos competentes para su anulación”. La diferencia entre ser conocida y ser declarada es que cualquier órgano, administrativo o judicial, puede inaplicar un acto nulo, mientras que sólo el órgano judicial o administrativo competente puede declarar la nulidad de un acto nulo⁵⁰.

⁴⁹ Esta es la razón que puede explicar que el artículo 166.1.a) del *Código do Procedimento Administrativo* establezca, como primer supuesto de actos administrativos no susceptibles de revocación ni de anulación administrativas, el de los actos nulos.

Según M. AROSO DE ALMEIDA, lo que viene a decir este precepto es que la Administración no puede revocar ni anular (i) los actos nulos; (ii) los actos que hayan sido anulados por los Tribunales; (iii) ni los actos que hayan sido revocados con eficacia retroactiva, porque, en estos tres supuestos, se da una misma circunstancia: no hay efectos sobre los que pueda proyectarse la anulación o la revocación. En el primer caso, porque el acto nulo nunca los produjo; en el segundo, porque el acto anulado ha dejado de producirlos y, en el tercero, porque el acto revocado retroactivamente ya no tiene efectos. Por eso, argumenta el profesor portugués, la Administración puede declarar que un acto es nulo, pero no puede anular un acto que es nulo (AROSO DE ALMEIDA M., en el libro colectivo dirigido por J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Comentários Ao Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Editora Almedina, pp 339-340).

⁵⁰ Vid. VIEIRA DE ANDRADE, J. C., *Lições de Direito Administrativo*, Impresa V. Coimbra, 2018, p. 230.

Por tanto, en Portugal cualquier acto nulo, incluidos los favorables o constitutivos de derechos, pueden ser impugnados, inaplicados o anulados de oficio por la Administración, en cualquier momento. Ahora bien, y como no podía ser de otra forma, dado que, por mucho que la ley diga que el acto nulo no produce efectos, lo cierto es que sí que los produce, el legislador ha previsto la excepción a la regla de la “imprescriptibilidad” de la nulidad, incluyendo una cláusula que se parece mucho al artículo 110 de nuestra ley de Procedimiento administrativo y que responde a la necesidad de garantizar, aunque no haga una referencia explícita a ella, la seguridad jurídica y la estabilidad de las situaciones creadas por los actos de la Administración pública. Establece, así, el artículo 162.3 del *Código do Procedimento* que lo dispuesto en los dos números anteriores (el acto nulo no produce efectos -apartado 1º- y la nulidad puede ser invocada, conocida y declarada, en cualquier momento, por los interesados, por los tribunales y por la propia Administración -apartado 2º-) lo será sin perjuicio de la posibilidad de atribuir efectos jurídicos a las situaciones de *facto* derivadas de los actos nulos, de conformidad con los principios de buena fe, de protección de la confianza legítima, de proporcionalidad, o de otros principios constitucionales, especialmente asociados al transcurso del tiempo.

De este breve repaso del Derecho comparado me interesa destacar, como conclusión, que, en definitiva, ya se reconozca así expresamente en las leyes, o se dé por sobreentendido, la nulidad del acto administrativo o, la inexistencia, en aquellos ordenamientos que, como el francés, no distinguen entre nulidad y anulabilidad, se basa en el principio *quod nullum est nullum effectum producit*. Ahora bien, ¿es cierto que el acto nulo no produce efectos? ¿lo es, volviendo a nuestro país, en nuestro Derecho administrativo?

V. LOS LÍMITES DE LA REVISIÓN DE OFICIO COMO MECANISMO DE CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS QUE DESMIENTE LOS PRINCIPIOS “*QUOD AB INITIO NULLUM EST NON POTEST TRACTO TEMPORE CONVALESCERE*” Y “*QUOD NULLUM EST NULLUM EFFECTUM PRODUCIT*”⁵¹

La potestad de revisión de oficio de los actos nulos y sus límites pone en cuestión, en mi opinión, algunos de los principios -en teoría, más firmes- del régimen de invalidez de los actos administrativos.

Por un lado, lo que explica y justifica que exista una potestad administrativa para anular sin plazo actos declarativos de derechos es la imprescriptibilidad de la

⁵¹ Sobre el cuestionamiento de estos principios me remito a lo expuesto ya en los años 70 por SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a la teoría de la ineficacia en el Derecho público*, IEA, 1975. En el mismo sentido, BELADIEZ ROJO, M., *Validez y Eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, 1994, pp. 49 y ss.

nulidad, pero, al mismo tiempo, la existencia de un precepto como el artículo 110 LPAC que establece límites a la revisión de oficio, lo desmiente de manera absoluta. Baste recordar que el artículo 110 de la LPAC establece que no procederá revisar de oficio un acto cuando “por *la prescripción de acciones o el tiempo transcurrido*” la revisión resulte contraria a la equidad, a la buena fe, a los derechos de los particulares o a las leyes. Por tanto, la prescripción y el transcurso del tiempo pueden exigir y, por ello, justificar la conservación de un acto viciado de nulidad; y, siendo ello así, puede decirse que la nulidad sí prescribe, porque, en determinados casos, hay que asegurar la permanencia de la situación jurídica creada en favor de un persona o personas determinadas, dando prioridad a la seguridad jurídica y a la confianza legítima sobre la legalidad -incluso cuando ha sido infringida gravemente- por la sencilla razón de que la seguridad jurídica y el mantenimiento de un acto administrativo declarativo de derechos, adquiridos de buena fe y con la confianza legítima que genera la actuación administrativa, es también legalidad y forma parte de ella. Se trata de lo que, con mucho acierto, J. García Luengo denomina “la función institucional del acto administrativo”, recordando cómo O. Mayer, en los años veinte del siglo pasado, había destacado “el valor del acto administrativo para dotar de seguridad jurídica a los ciudadanos frente a la compleja y cambiante normativa, que la Administración maneja y aplica”⁵².

Por otro lado, si, en aplicación de los límites del artículo 110 de la LPAC, un acto administrativo declarativo de derechos que tiene algún o algunos vicios de nulidad, debe ser conservado a pesar de ello, eso significa que los actos nulos sí producen efectos y pueden producirlos, incluso, para siempre. Prueba de que ello es así es que el Tribunal Supremo ha reconocido que el precepto que regula los límites al ejercicio de la potestad de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho es “un claro mentís al apotegma *quod nullum est nullum effectum producit*”⁵³.

En mi opinión, los actos nulos sí producen efectos. Así, por ejemplo, una licencia de construcción, aunque sea nula, produce efectos y permite que un empresario construya un edificio de apartamentos y que unos particulares los compren; una subvención produce efectos, pues el beneficiario recibe un dinero con el que financia la actividad que justificó su otorgamiento (por ejemplo, la adquisición de semillas de calidad superior para mejorar el cultivo de determinado producto); el nombramiento de un funcionario, por muy nulo que sea, ha producido, sin duda, efectos permitiendo que la persona nombrada haya dictado actos administrativos que, a su vez,

⁵² GARCÍA LUENGO, J. “Régimen de invalidez y revisión de oficio de los actos administrativos en el ordenamiento español”, en *Regimes Gerais do Procedimento e da Atividade Administrativa: XIV Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo*, coord. por M. Aroso de Almeida, Luis Míguez Macho, Almedina, 2022, p. 210.

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1981 (RJ\1981\2039)

producen efectos; la adjudicación de un contrato, aunque sea nula, produce efectos permitiendo (y también obligando, puesto que se trata de un contrato) a la empresa adjudicataria construir, por ejemplo, un hospital público que la Administración pondrá en funcionamiento para prestar el servicio público de asistencia sanitaria. Así pues, los actos administrativos sí producen efectos, aunque sean nulos. Y sólo la declaración de nulidad -o, antes, su suspensión- los puede privar de eficacia. Por tanto, lo correcto sería decir que los actos nulos no deberían producir efectos, pero no que no los producen.

Pero aparte de los ejemplos que pueden ponerse, existen razones jurídicas que desmienten el principio *quod nullum est nullum effectum producit*.

En primer lugar, los actos administrativos, por muchos vicios de nulidad que tengan, gozan de presunción de validez, son eficaces y ejecutorios y su impugnación, sin más, no suspende su eficacia. Por tanto, si la Administración puede anularlos, en cualquier momento, mediante la revisión de oficio, mientras más años transcurran hasta que lo haga, más efectos habrán producido y -obvio es decirlo- más difícil será borrarlos llevando hacia el pasado, hasta el momento mismo de su origen, las consecuencias de su anulación. Comparto, por ello, la reflexión de M. Sánchez Morón cuando, hablando de la autotutela administrativa, afirma: “quiere esto decir que, incluso siendo ilegales, los actos administrativos pueden surtir sus efectos propios y tener fuerza de obligar. También si incurrir en las causas de invalidez más graves, que determinan su nulidad de pleno derecho. Reiteremos que no hay que confundir invalidez con ineficacia, de manera que no es aplicable en derecho administrativo, en puridad, la máxima *quod nullum est nullum effectum producit*”⁵⁴.

Pero, en segundo lugar, y más importante, los actos nulos sí que producen efectos y pueden hacerlo, incluso, de por vida (cuando se trata de actos que no agotan sus efectos con su aplicación, sino que se prolongan en el tiempo), no porque se trate de una mera cuestión de hechos consumados o del resultado mecánico e implacable del transcurso del tiempo, sumado a la -en muchos casos- imposibilidad material de borrar los efectos que ya han producido, sino que los producen con el amparo de la ley, esto es, porque la ley -concretamente el artículo 110 de la LPAC- así lo quiere y lo exige. Porque eso es lo que sucede, en mi opinión, en todos aquellos supuestos en los que, considerando y ponderando todas las circunstancias que se dan en un caso concreto, la balanza se inclina del lado del mantenimiento de la situación jurídica creada por el acto originariamente viciado de nulidad, prevaleciendo la seguridad jurídica sobre la legalidad quebrantada, aun en el grado máximo, por el acto administrativo.

⁵⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo. Parte general*, Tecnos, 18ª edición, 2022, p. 568. El subrayado es añadido.

Es, por tanto, la ley la que establece que, en estos casos, no procede anular el acto porque, sencillamente, el bien jurídico de la seguridad y la protección de los derechos del destinatario del acto merece mayor protección que el bien jurídico que encarna la legalidad que dicho acto administrativo haya vulnerado. Cada vez que se aplica el artículo 110 LPAC en este sentido, lo que ocurre, en mi opinión, es que el acto administrativo se conserva porque sirve a un bien jurídico tan digno de protección o, en realidad, en ese caso concreto, más digno de protección, que la legalidad vulnerada por la Administración; sin olvidar, como ya he dicho, que la seguridad jurídica es también legalidad, y del más alto rango normativo (artículo 9.3 de la Constitución).

Creo, por ello, que la aplicación del precepto que regula los límites de la revisión de oficio opera como un mecanismo de conservación de los actos administrativos, y por eso discrepo de quienes sostienen que, en los casos en que se dan las circunstancias del artículo 110 LPAC, habría que anular el acto, en todo caso, aunque se tengan que conservar los efectos producidos hasta ese momento⁵⁵. Yo creo que no es así, porque, si el acto administrativo no puede anularse, por impedirlo el artículo 110 LPAC, la consecuencia es que el acto se mantiene en el ordenamiento jurídico, es decir, se conserva con todos sus efectos; no solo los que haya producido en el pasado, sino también los presentes y los futuros, si se trata de uno de esos actos cuyos efectos se despliegan a lo largo del tiempo.

Comprendo que existen razones muy sólidas para defender la necesidad de anular, en todo caso, un acto viciado de nulidad: por un lado, la gravedad del vicio del acto y, por otro, la diferencia entre los planos de la validez y la eficacia. Pero, a pesar de ello, considero contradictorio decir, por un lado, que el acto es nulo y, por tanto, no válido, pero, por otro, y al mismo tiempo, reconocer o admitir que, pese a ello, ha producido y seguirá produciendo plenos efectos jurídicos; porque eso, en el fondo, no es muy distinto a decir que el acto “ha valido” y “seguirá valiendo”. Creo que, en cierta manera, es eso lo que los Tribunales han venido a reconocer cuando, tras advertir que los límites del artículo 110 de la LPAC deben interpretarse con carácter restrictivo porque, en caso contrario, se convertirían en una válvula de escape a las consecuencias de la nulidad, a renglón seguido afirman: “pero también es cierto que el legislador ha previsto una solución contraria a la efectividad de la nulidad, y que debe ser aplicado [el precepto en cuestión] en función de las circunstancias presentes en cada caso”⁵⁶.

⁵⁵ LÓPEZ MENUDO, F. (2022: 42-43).

⁵⁶ SSTs de 14 de julio de 2015 (recurso n° 2223/2014); 752/2017, de 4 de mayo; 1096/2018, de 26 de junio; 1132/2018, de 3 de julio; 1133/2018, de 3 de julio y 1182, de 10 de julio. Debo advertir que este pronunciamiento no forma parte de los Fundamentos de Derecho de las Sentencias del Tribunal Supremo que acabo de citar, sino que aparece en las sentencias de instancia que transcriben las del Tribunal

En mi opinión, el acto originariamente nulo que, en aplicación del artículo 110 LPAC, no se anula, no es que sea nulo, pero eficaz, sino que es eficaz porque es válido, esto es, porque para el Derecho -que no se agota en la legalidad que ha sido quebrantada por el acto en cuestión- ese acto “vale”. Y vale porque sirve a un bien jurídico igualmente protegido por el ordenamiento, como es, por ejemplo, la seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima de aquel a quien se le ha atribuido o reconocido un derecho por un acto administrativo que, si bien tiene un vicio de nulidad, sirve a otros bienes jurídicos. Por eso debe conservarse, porque es “válido” para el Derecho.

Hace años que M. Beladiez defendió esta tesis, diciendo que “un acto es válido cuando el Derecho tiene interés en conservarlo, y esto ocurre siempre que con la conservación de dicho acto se alcance un fin que el ordenamiento considera digno de protección”⁵⁷. Precisamente, en el Estudio Preliminar al libro de Beladiez, su maestro Alejandro Nieto afirma que, después de haber leído el libro de su discípula,

“hay que abandonar para siempre las cómodas, aunque vacías, muletillas de la nulidad *per se*, los efectos *ex tunc* de su declaración y hasta el pedante brocado de que *quod ab initio nullum est, non potest tracto tempore convalescere* y tantas otras.

En el sistema administrativo no hay lugar para tales antiguallas, que no hacen sino estorbar. Aquí rige la regla de la presunción de validez de los actos administrativos y esto significa que son válidos mientras no sea declarado lo contrario por un órgano competente y, por ello mismo, como válidos los trata la ley”⁵⁸.

Por tanto, y en relación con uno de los grandes dogmas de la nulidad, que ya en los años 70 cuestionó con la brillantez que le caracteriza J. A. Santamaría⁵⁹, creo que hay que concluir, con el Tribunal Supremo, que la aplicación de los límites de la revisión de oficio es un claro mentís del apotegma *quod nullum est nullum effectum producit*, como también lo es del que afirma que *quod ab initio nullum est, non potest tracto tempore convalescere*. El tiempo sí “convalida” la nulidad cuando se da la circunstancia de que, por ser mucho el ya transcurrido, anular el acto administrativo y privar de sus efectos favorables al interesado que legítimamente ha confiado en él vulnera el principio de seguridad jurídica que es un valor consagrado con el máximo rango en nuestro ordenamiento jurídico (art. 9.3 CE). Y si se considera que el término “convalidar” no es adecuado, se puede decir de otra manera: el transcurso del tiempo, sumado a la protección de la confianza legítima y de los derechos del ciudadano, es

Supremo, formando parte de un párrafo que comienza diciendo “Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera...”.

⁵⁷ BELADIEZ ROJO, M. (1994: 34).

⁵⁸ NIETO GARCÍA, A., en BELADIEZ ROJO, M (1994: 10-11). El subrayado es añadido.

⁵⁹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1975).

decir, la aplicación de un precepto legal que establece límites a la revisión de oficio, “consolida” actos administrativos que, a pesar de estar originariamente viciados de nulidad, el Derecho opta por conservar por exigirlo así la seguridad jurídica que es consustancial al acto administrativo.

Por eso, y como ya ha quedado dicho, cuando ante el Tribunal Supremo se ha planteado la cuestión de interés casacional objetivo de si los límites del actual artículo 110 LPAC impiden la revisión de oficio o si, por el contrario, permiten ejercerla y anular el acto, pero impiden que la nulidad despliegue su eficacia⁶⁰, el Tribunal ha sido muy claro al fijar la siguiente doctrina jurisprudencial⁶¹:

“cuando concurren las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 110, lo que procede es excluir la revisión y, consecuentemente, la declaración de nulidad del acto [...] El artículo 110 autoriza la limitación del ejercicio de las facultades de revisión —“no pueden ser ejercitadas”, dice— por las razones excepcionales en él previstas, pero no permite limitar los efectos de la nulidad cuando se considere procedente su declaración. Si, ejercida la acción de revisión de oficio, se juzga correctamente utilizada y, por tanto, debidamente declarado nulo un acto, este artículo 110 no permite al juzgador limitar los efectos de esa nulidad”.

Y por eso ha concluido que

“la nulidad de pleno Derecho no puede existir y no existir a la vez, como ocurriría si se acepta que un acto puede ser revisado de oficio y anulado, pero que, en aplicación de los límites del artículo 110, una vez anulado, se pueden conservar algunos de los efectos ya producidos por ese acto anulado”.

Esta doctrina del Tribunal Supremo avalaría, en mi opinión, la tesis que aquí he defendido: si en aplicación del artículo 110 de la LPAC, tras la correspondiente ponderación entre los valores jurídicos enfrentados, la Administración decide no anular el acto viciado de nulidad de pleno derecho es porque, según la ley, ese acto debe conservarse; y si se conserva, no es posible decir que ese acto es nulo o “no válido”, porque, parafraseando las palabras del Tribunal Supremo, la invalidez no puede existir y no existir a la vez. Si se conserva es porque es válido para el ordenamiento

⁶⁰ Tal y como aparece enunciada literalmente en las sentencias, la cuestión de interés casacional objetivo fue la siguiente: “si los límites que prevé el artículo 106 de la Ley 30/1992 impiden que la Administración ejercite sus facultades de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho y, por tanto, que declare la nulidad del acto administrativo que pretendía revisar, o si, por el contrario, no afectan en sí mismos al ejercicio de dicha facultad, pudiendo desplegar efectos, tras la declaración de tal nulidad, para impedir, sólo, las consecuencias jurídicas de la misma”.

⁶¹ Se trata de dos sentencias dictadas en recurso de casación sobre la misma cuestión de interés casacional: la sentencia 658/2019, de 22 de mayo, y la 1026/2019, de 10 de julio. En esta segunda, el Tribunal cita la primera y afirma que “la jurisprudencia fijada en esta sentencia por esta Sala se apoya en la sentencia 19/2017, de 11 de enero”.

jurídico y lo que es válido no puede ser al mismo tiempo “no válido”. Como bien ha dicho L. Martín Rebollo, aunque a otros efectos, “la invalidez es un supuesto binario: o se da o no se da; o existe o no existe”⁶².

VI. A LA BÚSQUEDA DEL DIFÍCIL PERO NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

A lo largo de este trabajo han quedado puestas de manifiesto las carencias y las contradicciones de la regulación de la revisión de oficio y, aunque cualquier idea de reforma de esta institución esté muy lejos de la realidad, no por ello quiero dejar de proponer algunas ideas que, en el futuro, podrían contribuir a mejorar la regulación de una institución tan importante como es la revisión de los actos nulos favorables. Estas ideas, que desarrollaré a continuación, son, resumidamente expuestas, las siguientes: (i) la necesidad de que la anulación de los actos administrativos declarativos de derechos, ya sea de oficio o a instada del interesado, esté sometida siempre a plazo; (ii) la necesidad de que la revisión de oficio deje de ser al mismo tiempo una potestad administrativa y una acción de nulidad a solicitud del interesado; y, por último, (iii) la necesidad de reconocer que el acto nulo produce efectos y debe considerarse válido mientras no se anule por la Administración o por los órganos judiciales.

1. La necesidad de someter a plazo la anulación de los actos administrativos declarativos de derechos

Es claro que la razón de ser de esta categoría del Derecho Administrativo español que es la revisión de oficio de los actos nulos reside en la necesidad de atribuir a la Administración pública que ha adoptado un acto viciado de nulidad la potestad para revisar su conformidad a Derecho y, si es el caso, anularlo. Como también es claro que el hecho de que esa potestad pueda ser ejercida por la Administración “en cualquier momento” responde, en teoría, al principio según el cual los vicios que dan lugar a la nulidad son de tal gravedad que la nulidad es imprescriptible. Así, pues, el ordenamiento jurídico dota de un poder extraordinario a la Administración para que, sin plazo alguno de tiempo —“en cualquier momento”— pueda expulsar del ordenamiento jurídico un acto nulo y, en consecuencia, privar a su destinatario de los derechos que dicho acto le había reconocido o atribuido, incluso con carácter retroactivo.

⁶² MARTÍN REBOLLO, L., “De nuevo sobre la invalidez en el Derecho público, con particular referencia a la invalidez de los Reglamentos (una reflexión abierta y algunas propuestas)”, RAP, n° 210, 2019, p. 104.

Este mecanismo, que tiene todo el sentido, puesto que es una técnica al servicio y en garantía del principio de legalidad, choca, sin embargo, con un valor jurídico que también forma parte de la legalidad y que, como ya he dicho, ha sido consagrado en nuestro derecho positivo, cual es la seguridad jurídica y, su manifestación más concreta, la confianza legítima en los actos administrativos⁶³; actos que, según la Ley, y sin exceptuar de ello a los actos nulos, “se presumirán válidos”⁶⁴.

Que un acto administrativo haya sido dictado por un órgano *administrativo*⁶⁵ manifiestamente incompetente, por razón, por ejemplo, de la materia, es algo muy grave; pero no creo que sea menos grave el hecho de que a un ciudadano que no tiene conocimientos jurídicos, al que ese órgano *administrativo* incompetente -pero, seguramente, para ese ciudadano, con apariencia de ser competente- le ha reconocido o atribuido un derecho, se le prive de ese derecho -por ejemplo, una subvención o una licencia- muchos años después y, además, eso lo haga la misma Administración (por mucho que la persona física titular del órgano correspondiente pueda ser otra) que dictó ese acto incurriendo en un vicio de incompetencia.

Por eso, en mi opinión, que la nulidad sea imprescriptible puede tener sentido en el ámbito de las relaciones entre particulares y del Derecho privado, pero no es evidente que sea así, también, en el Derecho administrativo. La Administración es un poder público que, en el cumplimiento de su función constitucional de servir al interés general, dicta actos que, como los actos de todo poder público, gozan de presunción de validez y crean situaciones jurídicas cuya estabilidad, a partir de un tiempo razonable, debe estar garantizada por el ordenamiento jurídico. Creo por ello que, en un Estado de Derecho, en el que delitos que son muy graves prescriben, es muy discutible que la nulidad de los actos administrativos -sea cual sea el vicio que

⁶³ Artículo 9.3 de la Constitución: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”

Artículo 3.1.e) Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector público: “Las Administraciones públicas [...] deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: [...] e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional”.

⁶⁴ Artículo 39 LPAC: “Los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”.

⁶⁵ Si he querido destacar, dos veces, la palabra “administrativo” es porque, en mi razonamiento, estoy pensando en los casos que se plantean en la realidad, en los que, por ejemplo, no es fácil saber si el órgano administrativo por razón de la materia es un ministro u otro. Quiero decir con ello que excluyo de mi razonamiento los supuestos verdaderamente exagerados que, a veces, se ponen como ejemplos para defender que la nulidad tiene que ser, forzosamente, imprescriptible; casos del tenor de una licencia otorgada por un ciudadano que nada tiene que ver con la Administración pública; o de una sanción impuesta por un guardia civil. Esos actos, identificados, a menudo, con la categoría de la “inexistencia”, no son actos *administrativos* y a ellos no puede referirse, por tanto, la teoría de la nulidad de los actos administrativos.

la cause y el tiempo transcurrido desde que se dictaron- no prescriba. En mi opinión, la seguridad jurídica exige que también la nulidad prescriba y, por tanto, no debería haber recursos, acciones o procedimientos de revisión sin plazo, cuando se trate de actos administrativos que han creado o reconocido derechos o facultades a los ciudadanos. Comparto, por ello, lo que sostiene J. García Luengo respecto de la función institucional del acto administrativo y la cuestión de los plazos, cuando afirma que “esta función clarificadora del acto administrativo, que fija lo que el Derecho reclama para un caso concreto, generando seguridad en el destinatario, requiere que los plazos de recurso no se prolonguen indefinidamente”⁶⁶.

Así ocurre, como hemos visto, en otros países como, por ejemplo, Francia, donde existe un límite temporal de 4 meses para poder anular, ya sea a instancia de interesado, ya por la Administración pública de oficio, un acto administrativo favorable que sea ilegal; ilegalidad que, como ha quedado expuesto, en Francia cubre todos los supuestos, ya que el Derecho Administrativo francés no distingue entre nulidad y anulabilidad. Todos los actos administrativos ilegales en Francia son nulos y, cuando esos actos crean o reconocen derechos, solo pueden ser anulados dentro de un plazo temporal muy corto. La excepción a esta regla, como es lógico, es que se trate de actos favorables que el interesado ha obtenido de forma fraudulenta o con conocimiento o participación en la ilegalidad; esto es, cuando no pueda decirse que haya habido buena fe por parte del destinatario del acto.

En conclusión, considero que, salvo en los casos en los que (i) el destinatario de un acto administrativo favorable y nulo haya contribuido de alguna forma a causar esa nulidad; (ii) tenga conocimiento de esta o (iii) debiera haberlo tenido si hubiera cumplido con la diligencia que le resulte exigible, la anulación de los actos declarativos de derechos debería estar sometida siempre a plazo. Lógicamente, los plazos deberían ser largos y, en todo caso, muy superiores a los que nuestras leyes establecen en la actualidad. Si así se hiciera, la revisión de oficio perdería parte de su razón de ser, pues, como tantas veces ha reconocido el Tribunal Supremo, “se trata de un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, [...], cuya finalidad es la de facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva”⁶⁷.

⁶⁶ GARCÍA LUENGO, J. (2022: 210). El subrayado es añadido.

⁶⁷ Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo 599/2022, de 19 de mayo, procedimiento n° 351/2020:

“Tal y como hemos dicho reiteradamente (sirva de ejemplo la sentencia dictada el día 20 de mayo de 2013 en recurso de casación 779/2011, dictada en un asunto similar al que nos ocupa), “la doctrina sentada por este Tribunal, [contenida en sentencias de 18 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3647) (casación 3238/2007), 28 de abril de 2011 (RJ 2011, 3760) (casación 2309/2007), 5 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 636) (casación 6076/2009) y 7 de febrero de 2013 (RJ 2013, 1380) (casación 563/2010), entre las más recientes], configura

Se me dirá que para corregir o modular las consecuencias indeseables que, para la seguridad jurídica, puede producir la imprescriptibilidad de la nulidad de pleno derecho, están los límites de la revisión de oficio del artículo 110 de la LPC. Y así es: que no proceda revisar y anular los actos administrativos viciados de nulidad cuando, por la prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias, esa anulación resulte contraria a la equidad, a la buena fe, a los derechos de terceros, o a las leyes, es un precepto que responde a la necesidad de alcanzar ese difícil pero deseable equilibrio entre legalidad y seguridad jurídica, del que tantas veces ha hablado la jurisprudencia⁶⁸. Pero frente a ello, me pregunto si no sería mejor, como propongo, someter la revisión de oficio a un plazo, que debería ser amplio, en lugar de seguir confiando la consecución de ese difícil equilibrio entre legalidad y seguridad a la ponderación que la Administración, sus órganos consultivos, o los Tribunales hagan, en cada caso, de los dos principios enfrentados, teniendo que aplicar un precepto que define los límites de la revisión a través de conceptos excesivamente abiertos e indeterminados, y en el que la circunstancia -esencial- de “el tiempo transcurrido” se viene interpretando de forma tan distinta que, en ocasiones, como ya hemos visto, tres años y nueve meses se ha considerado mucho tiempo como para poder anular un acto favorable; mientras que, en otras, veinte años se ha considerado un tiempo insuficiente como para hacer prevalecer los derechos del ciudadano de buena fe sobre el restablecimiento de la legalidad.

Por lo demás, creo que lo que estoy proponiendo de *lege ferenda* puede encontrar cierto respaldo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sostenido que la única forma de satisfacer esos dos principios difícilmente conciliables que son la legalidad y la seguridad jurídica es entender que ninguno de ellos tiene un valor absoluto y que, por ello, la revisión de oficio está concebida para las infracciones graves de la legalidad, con la debida observación de las garantías procedimentales y “todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros”⁶⁹.

dicho procedimiento como un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, verdadero procedimiento de nulidad, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho, cuya finalidad es la de facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva”.

⁶⁸ STS de 17 de enero de 2006, recurso de Casación núm. 776/2001, reiterada en las SSTS de 27 de marzo de 2012, recurso 918/2010; de 19 de julio de 2013, recurso 778/2011; y en las SSTS núms. 1729/2019, de 13 de diciembre; y 798/2021, de 4 de junio.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2006, Recurso de Casación núm. 776/2001: “...la revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica, que se presenta como consolidada, no pueda ser alterada en el futuro. El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer

Por último, en contra de lo que aquí propongo se podría argumentar, con razón, que el Derecho administrativo tiene que contar con alguna herramienta para poder revisar de oficio, sin plazo, un acto que ni siquiera puede tener la apariencia de ser un acto administrativo, porque realmente resulta grosero o disparatado. Pues bien, frente a ello, mi respuesta sería la siguiente: si un acto -que, deliberadamente no llamo “administrativo”- está viciado por una ilegalidad tan grosera y manifiesta que cualquiera o, al menos, “un observador medio” podría verla sin esfuerzo alguno, es porque ese acto no puede tener la menor apariencia de legalidad ni la menor apariencia de ser un acto “administrativo”⁷⁰. En esos casos, más hipotéticos que reales, ¿se puede hablar, verdaderamente, de actos administrativos? En mi opinión, los supuestos de nulidad del artículo 47.1 LPAC son lo suficientemente numerosos y técnicos para que difícilmente puedan darse como “vicios groseros y evidentes”. Determinar, en cada caso, cuál es el órgano competente por razón de la materia o del territorio; cuál es el procedimiento legalmente establecido, y no cualquier otro; cuáles sean los requisitos *esenciales* para que la Administración pueda reconocer un derecho; o cuáles son los trámites *esenciales* dentro de un procedimiento es siempre, y salvo raras excepciones, algo complejo y en absoluto evidente. La nulidad y la revisión de oficio se refieren a los actos *administrativos* y, mientras no se diga lo contrario, según la ley, se presumen válidos, son eficaces y ejecutivos; todos, sin distinción. Otra cosa es que ni siquiera alcancen la condición de actos administrativos porque carezcan, ya sea por motivos de forma o de fondo, del mínimo exigible para que, razonablemente, puedan considerarse actos atribuibles a una Administración pública. Pero eso, en mi opinión, es algo muy distinto a incurrir en uno de los vicios de nulidad del artículo 47.1 de la LPAC.

2. La necesidad de que la revisión de oficio se reserve exclusivamente a las Administraciones públicas

Una segunda cuestión de nuestro régimen de revisión de oficio de los actos nulos que debería ser sometida a reconsideración es esa singular doble naturaleza que la ley le ha atribuido al constituir, al mismo tiempo, una verdadera anulación de oficio y, por tanto, una manifestación de la autotutela administrativa, pero también una

dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto.

La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros”.

⁷⁰ Sobre “la teoría de la evidencia”, GARCÍA LUENGO, J., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, 2002, pp. 111 a 152.

“acción de nulidad” atribuida a cualquiera que tenga un derecho o interés legítimo que pueda verse beneficiado por la anulación del acto.

En mi opinión, puede estar justificado que la misma Administración que aprueba un acto favorable para un particular tenga atribuida una potestad, que no puede calificarse sino de extraordinaria, para eliminarlo, ya que, con ello, estará restableciendo la legalidad, aun a costa de la seguridad jurídica y de la estabilidad de la situación jurídica creada por la propia Administración a favor y en beneficio de un particular. Precisamente, por eso, es extraordinaria esa potestad, porque, en contra del principio de la vinculación a los propios actos, la Administración puede revisarlos y anularlos si están viciados de nulidad. Pero lo que no tiene justificación alguna, en mi opinión, es que cualquier persona (lógicamente, que tenga legitimación) tenga a su disposición una acción de nulidad para solicitar “en cualquier momento” a la Administración la anulación de actos que son favorables para otros. La potestad de revisión de oficio de los actos nulos tendría que ser como la de los actos anulables de naturaleza favorable: una potestad solamente atribuida a la Administración y no ejercitable a instancia del interesado. Para los interesados deberían existir solamente los recursos y para la Administración la revisión de oficio. Y si, como ya hemos visto, la finalidad de este “medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo”, es, según el Tribunal Supremo, la de “facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva”⁷¹, ampliense esos plazos, pero que no se siga manteniendo, como una modalidad de revisión de oficio, esa extraño cuerpo que es la acción de nulidad, sin plazo, contra actos firmes. Y es extraño, en mi opinión, por varias razones que ya expuse al inicio de este trabajo y que ahora me permito resumir: en primer lugar, porque se considera como un supuesto de revisión *de oficio* lo que es una acción a instancia de interesado; en segundo lugar, porque las garantías y límites de la revisión de oficio no encajan cuando la revisión de oficio tiene por objeto un acto de gravamen y su nulidad es solicitada por el destinatario de ese acto; y en tercer y último lugar, porque no pueden coexistir una acción de nulidad sin plazo con unos recursos administrativos sometidos, estos sí, a un plazo brevísimo que, de no respetarse, al menos en teoría, produce la firmeza de los actos administrativos no recurridos.

Es cierto que el Tribunal Supremo ha declarado que la acción de nulidad por el procedimiento de la revisión de oficio “no puede constituir una excusa para abrir ese nuevo período que posibilite el ejercicio de la acción del recurso administrativo o judicial de impugnación del mismo, ya caducada, cuando el administrado ha tenido

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo 599/2022, de 19 de mayo, procedimiento n° 351/2020, citada en la nota anterior.

sobrada oportunidad de intentarlo en el momento oportuno”⁷². Ahora bien, frente a ello cabe hacer dos consideraciones: la primera, en forma de pregunta, ¿qué significa haber tenido “sobrada” oportunidad de intentarlo en el momento oportuno? ¿significa que no bastaría con haber tenido conocimiento del acto para tener que recurrirlo en plazo, sino que se exige algo más?; y la segunda consideración es que eso no es lo que dice la ley, pues, según el artículo 106 LPAC, las Administraciones declararán nulos, a solicitud del interesado y en cualquier momento, los “actos que no hayan sido recurridos en plazo”, sin más, es decir, sin exigir que el interesado no haya tenido “sobrada oportunidad” de recurrirlo en el momento oportuno. A lo cual se añade que, como ya hemos visto, es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que la finalidad de este medio extraordinario de revisión de los actos administrativos es evitar que, por la brevedad de los plazos, se consoliden los actos nulos.

3. La necesidad de reconocer que el acto nulo produce efectos y debe considerarse válido mientras no se anule por la Administración o por los órganos judiciales competentes

Una tercera y última cuestión relacionada con la nulidad y su declaración, ya sea de oficio por la Administración, ya sea a instancia de los interesados a través del sistema de recursos, es la siguiente: la nulidad, por grave que sea el vicio o infracción del ordenamiento jurídico en los que haya incurrido la Administración al dictar el acto, no lo hace inexistente. El acto, mientras haya sido dictado por la Administración, por muchos y muy graves vicios de nulidad que tenga, existe. Y no solo eso, todos los actos administrativos, sin excepción, gozan -por establecerlo así la ley- de presunción de validez, de eficacia y de ejecutividad, lo que significa que no pueden ignorarse ni por la Administración ni por los ciudadanos. Por tanto, y como ya he expuesto, es más que cuestionable la afirmación de que el acto nulo no produce efectos y que, por consiguiente, la pérdida de su eficacia no está supeditada a que el acto sea recurrido en plazo o revisado de oficio y anulado⁷³.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo 278/2023, de 6 de marzo que reitera otras sentencias precedentes como las de 20 de julio de 2005 (recurso n° 2151/2002); 28 de febrero de 2011 (recurso n° 536/2007); de 13 de febrero de 2012 (recurso n° 6884/2009); de 27 de marzo de 2012 (recurso n° 5890/2009); de 15 de octubre de 2012 (recurso n° 3493/2011); de 25 de marzo de 2015 (recurso n° 1383/2013); de 30 de septiembre de 2015 (recurso n° 733/2013); 1729/2019, de 13 de diciembre; y 798/2021, de 4 de junio.

⁷³ Consistentemente, a lo largo de este trabajo he hablado -y sigo hablando- de anular, en lugar de “declarar la nulidad”, lo cual puede considerarse incorrecto o no acorde con la LPAC que, por ejemplo, en su art. 47.1 establece que “*son nulos*” (no que estén viciados de nulidad) los actos enumerados dentro de ese apartado; o, en su art. 106, dice que la Administración podrá “declarar” de oficio la nulidad. No obstante, creo que las ideas y argumentos que he expuesto en este artículo explican suficientemente el porqué de esta opción. A ello debo que añadir que los órganos jurisdiccionales, según la LJCA (arts. 71 y 72), no declaran la nulidad, sino que anulan los actos y disposiciones.

La nulidad no opera *ipso iure* o de forma automática o implícita, sino que tiene que ser declarada, porque mientras que un acto administrativo no se anule, seguirá produciendo efectos y “valiendo” para el Derecho, aunque en teoría, pero sólo en teoría, sea “inválido”. Dicho de otra manera y utilizando la brillante expresión de P. Weil, si bien refiriéndose a la cuestión de los efectos *ex nunc* o *ex tunc* de la nulidad, mientras no se anule, el acto será nulo, pero la suya será una nulidad platónica⁷⁴.

Creo que es muy importante recordar, a este propósito, la jurisprudencia que el Consejo de Estado francés ha establecido en torno a la categoría del “*acte obtenu par fraude*”. Como ya expuse antes, en Francia, los actos administrativos nulos, cuando son declarativos de derechos o favorables, solo pueden ser anulados dentro de un plazo (4 meses), salvo que el administrado haya obtenido los derechos o facultades que le atribuye el acto “engañando” a la Administración, por decirlo de una manera simple. En esos casos, la Administración puede anularlos en cualquier momento porque no hay plazo para anular un acto ilegal conseguido gracias a un comportamiento del beneficiario del acto encaminado a engañar a la Administración. Ahora bien, el acto obtenido con fraude no se considera un acto inexistente que la Administración puede ignorar y hacer caso omiso del mismo. Todo lo contrario, al acto obtenido con fraude se le da, desde el punto de vista formal, el mismo tratamiento que al acto administrativo “obtenido” sin fraude. Por eso, según el Consejo de Estado, para que ese acto, incluso obtenido con fraude, deje de producir efectos tiene que ser anulado, y las Administraciones públicas tienen que extraer todas las consecuencias jurídicas legales del acto mientras no se le haya puesto fin⁷⁵. Así, pues, en Derecho administrativo francés, un acto administrativo obtenido con fraude o con conocimiento de su ilegalidad por parte del interesado puede ser anulado en cualquier momento, sí, pero tiene que ser anulado para dejar de producir efectos.

Si el acto nulo no produjese efectos, la nulidad lo sería *per se* y se produciría *ipso iure*, sin necesidad de recurrirlo o revisarlo de oficio. Pero sabemos que no es así, sino que, por el contrario, el acto, por muy viciado de nulidad que esté, necesariamente tiene que ser recurrido o revisado de oficio para que deje de producir efectos, ya sean estos favorables o desfavorables. Comparto, por ello, la opinión de T. Cano cuando dice que hasta que alguno de los órganos del Estado que tienen competencia para ello

⁷⁴ WEIL, P. *Les conséquences de l’annulation d’un acte administratif pour excès de pouvoir*, A. Pedone, París, 1952, p. 212, citado por N. RUÍZ PALAZUELOS.

Estoy plenamente de acuerdo con la autora en que el carácter *ipso iure* de la nulidad choca frontalmente con la presunción de validez, la eficacia y la ejecutividad de los actos administrativos (2019: 188).

⁷⁵ Conséil d’État, 29 de noviembre de 2002, n° 223027, asunto “Assistance publique-Hôpitaux de Marseille”.

no declare la invalidez del acto, “éste y sus efectos gozan del respaldo del Derecho por muchos vicios e irregularidades que presente y por muy graves que éstas sean”⁷⁶.

Este es también el criterio del Tribunal Supremo, como lo demuestra, entre otras⁷⁷, la sentencia 702/2022, de 19 de diciembre de 2022, pronunciada en el caso del hotel “El Algarrobico”, construido en suelo no urbanizable, por tratarse de un entorno natural protegido que, además, es un bien de dominio público de titularidad estatal. Expondré el caso y lo que dice la sentencia de la forma más resumida posible, aunque no es fácil, pues son muchos los años que han pasado desde que se otorgó la licencia para construir el hotel; muchos y diversos los procesos que se han iniciado y concluido; y también muchas las sentencias que se han dictado en relación con este asunto.

La sentencia del Tribunal Supremo 702/2022 es, por el momento, la última de una larga serie de sentencias (trece, en total) pronunciadas sobre la construcción de este hotel en unos terrenos que, de acuerdo con la ley, según han concluido algunas de esas sentencias, no podían ser terrenos urbanizables. Los hechos se remontan a 2003 cuando el Ayuntamiento de Carboneras, en la provincia de Almería, otorgó a una entidad privada la licencia para construir el hotel en ese lugar porque, en aquel momento, según los instrumentos de planeamiento urbanísticos vigentes, ese terreno era urbanizable. Tras la intervención de determinadas asociaciones de defensa del entorno natural de esa zona del sur de España, un primer pronunciamiento judicial suspendió la licencia de construcción y, como consecuencia de ello, la construcción del hotel, que en esos momentos era superior al 90%, quedó paralizada y así ha permanecido hasta hoy.

Diversas sentencias, hoy firmes, declararon que las obras del hotel se ejecutaron en un terreno no urbanizable por estar en una zona de limitaciones del dominio público marítimo-terrestre y, además, por estar incluido en un Parque Natural que, igualmente, prohibía la construcción. Hoy, más de 20 años después de que se otorgara la licencia, y tras numerosos pronunciamientos judiciales que inequívocamente han concluido que, en ese espacio natural, no se puede construir un hotel, lo cierto es que todavía no se ha producido la demolición de lo construido.

⁷⁶ CANO CAMPOS, T., “La invalidez como fundamento de la revisión de oficio: la distinción entre nulidad y anulabilidad en Derecho Administrativo”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núms. 30 y 31, 2018, p. 167. El subrayado es añadido. También, desde hace años, ha defendido que el acto nulo sí produce efectos y vincula M. REBOLLO PUIG, en “La presunción de validez”, en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 128, 2005.

⁷⁷ Por ejemplo, la STS 19/2017 que he analizado en este trabajo, la cual afirma, rotundamente, que, aunque el acto de concesión de una subvención sea nulo de pleno derecho, la Administración no puede exigir el reintegro que la propia ley anuda a la nulidad (art. 36.4 LGS), sin antes proceder a la declaración de nulidad y sin que esa declaración sea firme.

En este último episodio procesal, resuelto por la sentencia 702/2022, una asociación de defensa de la naturaleza solicitó del Tribunal Supremo la demolición del hotel y que anulara directamente la licencia, puesto que ya había sentencias firmes que habían declarado que el hotel estaba construido en suelo no urbanizable. El Tribunal Supremo desestimó ambas pretensiones y, sustancialmente, lo hizo por razones estrictamente procesales: ninguna de las dos cuestiones habían sido planteadas por la recurrente en la instancia, ya que tanto en vía administrativa, como en la primera instancia judicial, lo que había impugnado la recurrente fue la denegación por parte del Ayuntamiento de su solicitud de revisión de oficio de la licencia; y lo que la sentencia de primera instancia (que fue favorable a su pretensión) le había reconocido fue su derecho a que el Ayuntamiento revisara de oficio la licencia.

Superando el problema de la incongruencia con lo planteado en la instancia -suficiente, dirá el Tribunal Supremo, para rechazar el recurso de la asociación ecologista-, el Alto Tribunal entra a dar respuesta a la cuestión de si podía anular directamente la licencia, cuando lo que se recurría era la denegación de la Administración de su solicitud de tramitar el procedimiento de revisión de oficio para que, en su caso, la licencia fuera anulada; o si, por el contrario, lo procedente era ordenar a la Administración que realizara la revisión de oficio, retrotrayendo las actuaciones para que fuese el propio Ayuntamiento el que lo hiciera.

El Tribunal Supremo reconoce que, dependiendo de los casos, cuando lo que se recurre es la denegación de la Administración de una solicitud de revisión de oficio, podrá el Tribunal anular o no directamente el acto. Si la nulidad es evidente, entonces lo que procede, por economía procesal, es que el propio Tribunal anule el acto. Pero si esa nulidad no es evidente, como concluyó el Tribunal en este caso⁷⁸, deben retrotraerse las actuaciones para que sea la Administración la que revise de oficio el acto.

El Tribunal Supremo termina su sentencia con una especie de consideración general sobre este asunto que podría parecer impropia del recurso de casación y de los términos en los que había quedado fijada la cuestión de interés casacional. Ahora bien y dicho ello, quizás lo excepcional de este supuesto puede justificarlo. Dice así el Tribunal Supremo:

“Este Tribunal es consciente de la especialísima situación que se sigue manteniendo con nuestra decisión, en unos terrenos cuya adecuada protección viene impuesta por una normativa sectorial que pretende la protección del dominio público

⁷⁸ La complejidad, o la no evidencia, en este asunto está, según el Tribunal Supremo, en el hecho de que, a pesar de las sentencias firmes que han declarado que el suelo donde está construido el hotel es un suelo no urbanizable, el caso es que el planeamiento, al amparo del cual fue otorgada la licencia, “sigue, al menos formalmente” considerando los terrenos como urbanizables.

y los bienes naturales de especial protección por sus valores medioambientales; pero las garantías procesales no pueden ceder ante una pretendida efectividad de una demolición por la que clama con vehemencia la Asociación recurrente, sin atenernos a los cánones procesales. Es cierto que en todas las actuaciones existe una inadmisibile lenidad de todas las Administraciones involucradas que ha propiciado una actuación carente de toda razón y derecho; pero la solución no puede distorsionar las instituciones jurídicas. Nuestro ordenamiento permite dar solución a tales actuaciones, y de ello se deja constancia en los mismos fundamentos de la sentencia que se revisa; y esas soluciones han de pasar, ciertamente, por la reposición de los terrenos a su estado originario, que debió mantenerse inalterable; pero no puede canalizarse y es lo relevante para este recurso, con una declaración de demolición adoptada en este momento, desconociendo los derechos, ciertamente complejos y de indudable interés económico, social y jurídico, de todas las partes involucradas; lo que comporta declarar no haber lugar al recurso de casación”.

Son muchas las cuestiones que suscita este caso, en general, y esta sentencia, en particular. Es más que probable, por lo que se dice en el párrafo que acabo de transcribir, que los magistrados que la han dictado sean los primeros en “lamentar” el resultado a que conduce su sentencia, pero comparto con ellos que ni se pueden “distorsionar” las instituciones y las categorías jurídicas, ni mucho menos “desconocer” los derechos de todas las partes involucradas y, singularmente, añado yo, los derechos de la empresa que es titular de una licencia que la Administración le otorgó al amparo de un planeamiento urbanístico que, en aquel momento, permitía la construcción de un hotel en ese lugar.

Por tanto, lo que he querido destacar de este caso y de esta Sentencia, cuyo criterio ha sido reiterado recientemente⁷⁹, es ese punto fundamental en el que el Tribunal de instancia dice, y el Tribunal Supremo lo confirma reproduciendo sus palabras e, incluso, añadiendo alguna más para poner más énfasis en ello, que “la obra dispone (nótese que utiliza el tiempo verbal en presente) de un título jurídico válido mientras no se establezca lo contrario...La licencia concedida en el año 2003 es un título jurídico, que permitió a su titular realizar las obras del Hotel...”.

⁷⁹ STS 83/2024, de 19 de enero de 2024, en la que se analiza la cuestión de si una Comunidad Autónoma, en el ejercicio de sus competencias, puede dictar una orden de demolición de un inmueble construido con licencia municipal que se otorgó conforme al planeamiento en ese momento vigente, por considerar -la Comunidad Autónoma- que la construcción se encontraba en zona de servidumbre del dominio público marítimo-terrestre. El Tribunal Supremo concluye al respecto: “si tan siquiera una misma Administración puede desconocer los efectos de un acto, aun viciado de nulidad de pleno derecho, sino que deberá, en su caso, acudir a los procedimientos de revisión de oficio o de declaración de lesividad, para dejarlos sin efectos, sería contrario a la mínima lógica y a los principios que inspiran nuestro ordenamiento, pretender que pueda una Administración autonómica desconocer o declarar de facto una resolución firme de una Corporación Municipal”. El subrayado es añadido.

A la luz de lo expuesto, cabe concluir que esta sentencia del Tribunal Supremo confirma que los actos administrativos que otorgan derechos a los particulares, por muy ilegales que puedan ser, sí producen efectos y los seguirán produciendo mientras no se anulen, bien por la autoridad administrativa bien por la autoridad judicial. De ahí que, en este caso, el Tribunal Supremo haya concluido que la demolición de un edificio construido al amparo de un acto administrativo viciado de nulidad es algo que solo puede hacerse una vez que dicho acto administrativo haya sido anulado. Nada dice el Tribunal, porque nada tenía que decir a ese respecto en este recurso de casación, sobre la indemnización que, llegado el día en que se anule la licencia, debería recibir la empresa que la obtuvo y que, al amparo del título jurídico en cuestión, llevó a cabo una construcción cuya demolición ya ha “sentenciado” el Tribunal Supremo al manifestar, aunque no forme parte del fallo, que la solución no puede ser otra que la de que los terrenos vuelvan a su estado originario; estado originario que, probablemente, nunca más podrá ya ser el mismo. ¡Como para seguir diciendo que *quod nullum est nulum effectum producit!*

BIBLIOGRAFÍA

AROSO DE ALMEIDA M., en *Comentarios Ao Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, dirigido por J.C. VIEIRA DE ANDRADE, Editora Almedina, 2016.

AUSTRY, S., “Retrait et abrogation: le cas des actes à objet pécuniaire et des actes obtenus par fraude”, *Conclusions sur Conseil d’État*, Section, 6 novembre 2002, Mme. Soulier, en *Revue Française de Droit Administratif*, 2003.

BELADIEZ ROJO, M., *Validez y Eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, 1994.

CALARESU, M. e PIGNATIELLO, F., “La nullità del provvedimento”, en *Principi e regole dell’azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, 2023.

CANO CAMPOS, T., “La invalidez como fundamento de la revisión de oficio: la distinción entre nulidad y anulabilidad en Derecho Administrativo”, en la *Revista Española de la Función Consultiva*, núms. 30 y 31, julio (2018)-junio (2019).

GALÁN GALÁN, A. “Problemas pendientes de la Revisión de oficio a la luz de la doctrina de los órganos consultivos”, en la *Revista Española de la Función Consultiva*, núms. 30 y 31, julio (2018)-junio (2019).

GARCÍA LUENGO, J., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, 2002.

GARCÍA LUENGO, J. “Régimen de invalidez y revisión de oficio de los actos administrativos en el ordenamiento español”, en *Regimes Gerais do Procedimento e da Atividade Administrativa: XIV Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo*, coord. por M. AROSO DE ALMEIDA, LUIS MIGUEZ MACHO, Almedina, 2022.

LÓPEZ MENUDO, F. “La Revisión de oficio, imperio de la discrecionalidad”, en la *Revista de Administración pública*, (RAP), n° 217, 2022.

MARTÍN REBOLLO, L., “De nuevo sobre la invalidez en el Derecho público, con particular referencia a la invalidez de los Reglamentos (una reflexión abierta y algunas propuestas)”, RAP, n° 210, 2019.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. *Los límites a la potestad de Revisión*, Aranzadi, 2019.

REBOLLO PUIG, M., en “La presunción de validez”, en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 128, 2005.

RENARD, S., “L’acte administratif obtenu par fraude. Un acte créateur de droits précaires”, en la *Actualité Juridique de Droit Administratif*, 2014.

RUIZ PALAZUELOS, N. “Anulación y poderes del juez: las enseñanzas del caso francés”, en *Revista de Administración Pública*, n° 208, 2019.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte general*, Tecnos, 18ª edición, 2022.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a la teoría de la ineficacia en el Derecho público*, IEA, 1975.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Los límites en el ejercicio de la potestad de la revisión de oficio”, en la *Revista Española de la Función Consultiva*, núms. 30 y 31, julio (2018)-junio (2019).

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. y PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1989.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C., *Lições de Direito Administrativo*, Impresa V. Coimbra, 2018.

WEIL, P., *Les conséquences de l’annulation d’un acte administratif pour excès de pouvoir*, A. Pedone, París, 1952.

La transparencia de los algoritmos desde la normativa sobre transparencia y acceso a la información pública

The transparency of algorithms under the transparency and access to public information act

Emilio Guichot

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. PUBLICIDAD ACTIVA. III. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. 1. Titularidad del derecho. 2. Concepto de información pública y causas de inadmisión. IV. LÍMITES A LA TRANSPARENCIA Y AL DERECHO DE ACCESO. 1. El test del perjuicio y el test de la ponderación. 2. Los límites contemplados en la normativa sobre transparencia. 3. ¿La seguridad informática como límite a la transparencia o “supralímite”? V. LOS PRIMEROS POSICIONAMIENTOS JUDICIALES. VI. BALANCE. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La doctrina en torno al acceso a algoritmos y códigos fuentes a través de la normativa sobre transparencia y acceso a la información está en plena formación. La tendencia parece apuntar a la explicabilidad, cuyo grado de detalle habrá de tener en cuenta la necesidad de no poner en riesgo ninguno de los bienes protegidos que actúan como límite al derecho de acceso. Hay que reclamar al legislador que fije con carácter general y extramuros de la normativa sobre acceso a la información mecanismos generales de publicidad y de control de la corrección de la actuación administrativa a través de algoritmos.

PALABRAS CLAVE: Transparencia, algoritmo, código fuente, acceso a la información pública.

SUMMARY: The doctrine around access to algorithms and source codes through regulations on transparency and access to information is not settled yet. Explainability seems to adverte as the key concept, the degree of detail of which

Recibido: 18-03-2024

Aceptado: 19-04-2024

will have to take into account the need not to put at risk any of limits to the right of access to public information. The legislator should establish generally and outside the regulations on access to information general mechanisms for publicity and control of the correctness of administrative action through algorithms.

KEY WORDS: Transparency, algorithm, source code, access to public information.

I. INTRODUCCIÓN*

La atención prestada desde el ámbito académico a las implicaciones jurídicas de la inteligencia artificial es abrumadora, como lo sería el mero listado de citas bibliográficas y referencias a jornadas y congresos e incluso a grados y postgrados universitarios oficiales y no oficiales.

Desde el Derecho público son diversos los temas que se abordan de forma reiterada –podría decirse que *ad nauseam*– en esta fase inicial del uso de los mecanismos de inteligencia artificial. Podríamos decir que hay tres grandes “clásicos”.

- El primero se refiere a la calificación jurídica de los programas informáticos utilizados por las Administraciones públicas, de los códigos fuentes y de los algoritmos subyacentes (¿reglamentos, actos, instrucciones?¹). En realidad, este tema tiene relación directa con la propia definición de inteligencia artificial. Al respecto puede decirse que hay casi un concepto por investigador, de forma que no pretendemos aquí añadir uno más al elenco². A los efectos de este trabajo, que pretende analizar la transparencia de los algoritmos públicos y sus límites, sí me parece necesario recalcar la necesidad de llevar a cabo una taxonomía básica, siguiendo a la mejor doctrina³. Así, habría que descartar del objeto de este análisis la “digitalización de la actividad administrativa” (la llamada “administración electrónica”). A continuación, vendría

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i De la transparencia al gobierno abierto, financiado por MICIU/AEI / 10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

¹ Una síntesis del estado de la cuestión puede verse, p. ej., GUTIÉRREZ DAVID, M. E., “Acceso al código fuente y a los algoritmos de las Administraciones inteligentes. Lecciones a partir de experiencias comparadas”, en COTINO HUESO, L. y CASTELLANOS CLARAMUNT, J. (eds.), *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 135-168, que expone las diferentes posturas doctrinales.

² Véase la noticia sobre más de sesenta definiciones en TORRECILLA SALINAS, J., TANGI, L., ULRICH, P., MANZONI, M., SCHADE, S., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E., PIGNATELLI, F., ¿“Para qué sirve la IA en el sector público? Casos de uso y perspectivas de aplicación”, en GAMERO CASADO, E. (dir.) y PÉREZ GUERRERO, F. L. (coord.), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 73-90.

³ HUERGO LORA, A., “El derecho de transparencia en el acceso a los códigos fuente”, *Anuario de Transparencia Local*, núm. 5, 2022, pp. 35-66.

la “actuación administrativa automatizada”, total o parcialmente, que tiene su campo de actuación en la actividad reglada, en que existe una programación normativa exhaustiva que a partir de un determinado supuesto de hecho conduce a una única decisión conforme al marco jurídico (p. ej., concesión de prestaciones sociales o de seguridad social, borrador del impuesto de la renta de las personas físicas). Introducidos los datos a que se refiere el supuesto de hecho, el programa, que “vuelca” o “incorpora” la normativa aplicable, refleja la solución prevista en la norma. La validez de las decisiones así adoptadas depende de que se ajusten al ordenamiento jurídico, esto es, que traduzcan a lenguaje informático de forma correcta la regulación legal, lo que es perfectamente comprobable. El empleo de programas informáticos para estas tareas tiende a reducir errores, y si los hay supone la invalidez de todos los actos dictados. Una modalidad de este tipo de actuación es la “automatización de decisiones que afectan a una multiplicidad de sujetos” (p. ej., gestionar concursos de traslados, seleccionar de personas), siendo la única diferencia que para comprobar la legalidad de las decisiones adoptadas sí hay que conocer el funcionamiento del programa informático. Fuera de estos casos se ubicaría la auténtica “inteligencia artificial”, que se utiliza, hoy, principalmente, para llevar a cabo predicciones algorítmicas (p. ej., determinar sujetos a inspeccionar, población de riesgo en materia sanitaria, de exclusión social, de suicidio, de fracaso escolar...), a partir de análisis y cruce de datos —referidos, claro está, al pasado—, de los que se “aprende”. Se corresponde con ámbitos en que la Administración tiene un margen de decisión o apreciación y, por ello, la guía que le proporciona la aplicación influye o puede influir en el contenido de la decisión administrativa (que puede ser de diferente género: organizativo, de inspección, de decisión de inicio de procedimientos, de adopción de resoluciones...). El estudio realizado por el Centro Común de Investigación de la Comisión Europea, en el llamado Proyecto *AI Watch*, que identifica y clasifica usos de la inteligencia artificial en el ámbito público, concluye que actualmente los casos mayoritarios de uso de la inteligencia lo son de aprendizaje y razonamiento automáticos, principalmente para la personalización de servicios y para la garantía del cumplimiento (auditorías, reconocimientos biométricos), así como para el análisis y monitoreo (predicciones, monitorización de políticas públicas)⁴. En conclusión, no puede darse una respuesta única sobre el tema de la “calificación jurídica” del uso de programas informáticos, ni siquiera de aquellos que se inscriben propiamente en la “inteligencia artificial”, pues depende de la función que desempeñe, si bien puede decirse que actualmente, en la mayor parte de los casos, actúa como un medio material al servicio de la actuación administrativa.

⁴ Véanse ejemplos en España en TORRECILLA SALINAS, J., TANGI, L., ULRICH, P., MANZONI, M., SCHADE, S., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E., PIGNATELLI, E., ¿“Para qué sirve la IA en el sector público? Casos de uso y perspectivas de aplicación”, *op. cit.*

- El segundo gran tema es el relativo a los riesgos del uso de la inteligencia artificial en forma de sesgos y por ende de discriminaciones, en los que han puesto énfasis relevantes autores de la doctrina administrativista⁵. A nuestro juicio, la alerta sobre el riesgo ha eclipsado en algunos discursos las ventajas del uso de la inteligencia artificial para el mejor conocimiento de la realidad y, por ello, para la toma de decisiones más acertadas. Es más, se ha tendido a obviar, en nuestra opinión contra la realidad, que errores y sesgos los hay, y tendencialmente superiores, en la deliberación humana, mientras que por el manejo de datos masivos la inteligencia artificial, si no está diseñada voluntariamente con fines ilegítimos, aporta mayor conocimiento y objetividad. Y es que la discriminación consiste en tratar de forma diferente a los iguales, no en detectar las diferencias y aplicar el conocimiento a la acción administrativa (sanidad, violencia de género, permisos, inspecciones, actuaciones policiales)⁶. El debate está planteado desde hace tiempo y no es, en absoluto, propio de la doctrina jurídica ni, en particular, de la administrativista⁷.

- El tercer gran tema es el atinente a la transparencia en el uso de los algoritmos y a su extensión y límites. Sobre él versa este trabajo, si bien solo desde la perspectiva de la normativa sobre transparencia y acceso a la información pública. No vamos a examinar, pues, aquí la batería de normas que se refieren a ella desde diversos grupos normativos, ni el apabullante esfuerzo doctrinal realizado entre los académicos españoles. Tan solo como apunte previo, cabe siquiera señalar algo absolutamente significativo a nuestros efectos: que la normativa vigente no impone el acceso al algoritmo ni al código fuente, sino que se apoya en una distinción entre sistemas

⁵ Pueden verse ejemplos en los recientes trabajos de PONCE SOLÉ, J. (por todos, “Reserva de humanidad y supervisión humana de la Inteligencia artificial”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 100, 2022, pp. 58-67, o en “Seres humanos e inteligencia artificial: discrecionalidad artificial, reserva de humanidad y supervisión humana”, en GAMERO CASADO, E., coord., *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023) o BOIX PALOP, A. (entre otros, en “Transparencia en la utilización de inteligencia artificial por parte de la Administración”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 100, 2022, pp. 90-105).

⁶ En esta línea, MARTÍN DELGADO, I., en “La aplicación del principio de transparencia a la actividad algorítmica”, en GAMERO CASADO, E. (dir.) y PÉREZ GUERRERO, F. L., coord., *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, op. cit., pp. 131-194, p. 175, apunta que “[...] lo que comúnmente recibe la denominación de sesgo puede ser sencillamente una consecuencia natural y lógica de los datos de los que se sirve el sistema, que simplemente lleva a cabo un razonamiento estadístico con consecuencias probabilísticas.” Por supuesto, todo proceso de búsqueda de conocimiento y toma de decisiones conlleva riesgos de error y discriminación.

⁷ Véase, por ejemplo, una visión crítica, postulando la necesidad de “humanizar” la inteligencia artificial de O’NEIL, C., *Armas de destrucción matemática*, Capitán Swing Libros, Madrid, 2017, que resalta el peligro de opacidad, sesgos y daños en el uso de la inteligencia artificial, si bien reconoce que también se puede usar para segmentar personas que necesitan ayuda prioritaria y puede facilitar la comprensión de muchos fenómenos. Una aproximación más positiva, aunque advirtiendo de los riesgos, en MAYER-SCHÖNBERGER, V. y CUKIER, K., *Big data. La revolución de los datos masivos*, Turner Publicaciones, Madrid, 2013.

(completamente) automatizados de toma de decisión y aquellos que no lo son, y maneja la noción de “explicabilidad” de la actuación algorítmica como alternativa a la completa transparencia de los algoritmos empleados para la adopción de decisiones públicas. Ello es así a nivel internacional⁸, europeo⁹ y español¹⁰. En cuanto a la doc-

⁸ Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial de la UNESCO de 2021, considerandos 37 a 41, “Transparencia y explicabilidad”, de los que cabe destacar la afirmación de que “[...] si bien hay que hacer todo lo posible por aumentar la transparencia y la explicabilidad de los sistemas de IA, incluidos los que tienen un efecto extraterritorial, a lo largo de su ciclo de vida para respaldar la gobernanza democrática, el grado de transparencia y explicabilidad debería ser siempre adecuado al contexto y al efecto, ya que puede ser necesario encontrar un equilibrio entre la transparencia y la explicabilidad y otros principios como la privacidad, la seguridad y la protección.”

⁹ Así, en el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea la transparencia—que no acceso directo a los algoritmos— no se predica de todos sistemas de inteligencia artificial, sino de una serie de casos cualificados y en diferentes grados y modalidades. El Grupo de Expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial nombrado por la Comisión Europea en sus documentos de trabajo *Policy and investment recommendations for trustworthy AI*, de 2019 y *The assessment list for trustworthy Artificial Intelligence for self assessment*, de 2020, considera que debe ponerse a disposición de las personas información sobre la lógica de los algoritmos y cómo se utilizan los datos para informar las decisiones, de forma que se permita al afectado comprender, evaluar y potencialmente impugnar la decisión. Implica trazabilidad, explicabilidad y comunicaciones abiertas sobre las limitaciones de los algoritmos. Desde otra óptica, si el afectado por una decisión administrativa completamente automatizada es una persona física entra en juego normativa de protección de datos. Conforme al Considerando 71 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea: “[...] En cualquier caso, dicho tratamiento debe estar sujeto a las garantías apropiadas, entre las que se deben incluir la información específica al interesado y el derecho a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista, a recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación y a impugnar la decisión [...]”. Se desarrolla en los artículos 15.1.h) y 22.3. La publicidad no implica “necesariamente una compleja explicación de los algoritmos utilizados o la revelación de todo el algoritmo”, como apunta el Grupo del art. 29 en sus Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, de 3 de octubre de 2017, WP251.

¹⁰ En España, la normativa tampoco impone la publicidad plena del algoritmo. La llamada Carta de Derechos Digitales, documento programático, contempla en su Artículo XVIII.6.b) “la transparencia sobre el uso de instrumentos de inteligencia artificial y sobre su funcionamiento y alcance en cada procedimiento concreto y, en particular, acerca de los datos utilizados, su margen de error, su ámbito de aplicación y su carácter decisorio o no decisorio. La ley podrá regular las condiciones de transparencia y el acceso al código fuente con objeto de verificar que no produce resultados discriminatorios.” Con aplicación general a todas las Administraciones públicas, el artículo 45.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común disponía que “los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características”. Esta disposición se derogó por la disposición derogatoria única de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. La actualmente vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) no ha reproducido esta regla general. Regula en su artículo 41 tan solo el caso de la actuación administrativa automatizada, entendida como “cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público”. En estos supuestos, “deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en

su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación”. Esto es, refiere la publicidad tan solo al órgano responsable del diseño y al órgano al que se imputan las decisiones automatizadas. De este modo, en la actualidad, la mayoría de usos de aplicaciones que utilizan inteligencia artificial no han sido aprobadas previamente con carácter formal y ni siquiera son conocidas. No obstante, esta omisión respecto de su precedente ha sido corregida para el ámbito estatal por el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, cuyo artículo 11.1.i) prevé que la sede electrónica debe difundir una relación actualizada de las actuaciones administrativas automatizadas vinculadas a los servicios, los procedimientos y los trámites disponibles en la sede electrónica. Cada una se acompañará de una descripción de su diseño y funcionamiento, los mecanismos de rendición de cuentas y transparencia y los datos utilizados en su configuración y aprendizaje. Además, el artículo 13.2 dispone que: “En el ámbito estatal la determinación de una actuación administrativa como automatizada se autorizará por resolución del titular del órgano administrativo competente por razón de la materia o del órgano ejecutivo competente del organismo o entidad de derecho público, según corresponda, y se publicará en la sede electrónica o sede electrónica asociada. La resolución expresará los recursos que procedan contra la actuación, el órgano administrativo o judicial, en su caso, ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que las personas interesadas puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno y establecerá medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos de las personas interesadas.” Por otra parte, el artículo 157.2 LRJSP dispone que “las aplicaciones desarrolladas por las Administraciones o que hayan sido objeto de contratación y de cuyos derechos de propiedad intelectual sean titulares puedan ser declaradas como de fuentes abiertas, cuando de ello se derive una mayor transparencia en el funcionamiento de la Administración Pública o se fomente con ello la incorporación de los ciudadanos a la Sociedad de la Información”. Como puede verse, se prevé en términos de facultad, no de deber. En el ámbito tributario, el artículo 96.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone que: “Los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por la Administración tributaria para el ejercicio de sus potestades habrán de ser previamente aprobados por ésta en la forma que se determine reglamentariamente.” Ahora bien, como precisa el artículo 170.7 Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos: “Los planes de inspección, los medios informáticos de tratamiento de información y los demás sistemas de selección de los obligados tributarios que vayan a ser objeto de actuaciones inspectoras tendrán carácter reservado, no serán objeto de publicidad o de comunicación ni se pondrán de manifiesto a los obligados tributarios ni a órganos ajenos a la aplicación de los tributos.” Recientemente, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en su artículo 23, “Inteligencia Artificial y mecanismos de toma de decisión”, dispone que las administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente, y que priorizarán la transparencia en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos. A nivel autonómico, el Decreto-Ley 2/2023, de 8 de marzo, de medidas urgentes de impulso a la inteligencia artificial en Extremadura, establece en sus artículos 11 y 12, las “garantías para la utilización de la inteligencia artificial en los procedimientos administrativos”. El primero de ellos, impone el deber de hacer público el mecanismo de toma de decisiones, las prioridades asignadas en el procedimiento de evaluación y los datos que influyan en el resultado. El segundo obliga a incluir y publicar *ex ante* la evaluación del impacto en la prestación del servicio de los sistemas de inteligencia artificial en las normas que regulen los procedimientos que empleen esta tecnología y dispone que el órgano responsable del procedimiento tendrá que hacer constar en el Inventario de Información Administrativa todas las validaciones llevadas a cabo en relación con el proceso para la elaboración de los actos, los riesgos que puede implicar dicho proceso y “cualesquiera otros aspectos que garantizan los derechos de los interesados”.

trina, hay acuerdo en que la cláusula de Estado democrático y de Derecho requiere una cierta transparencia y comprensibilidad de las claves de funcionamiento de los algoritmos utilizados por la Administración pública para su actuación, defendiendo algunos autores con carácter general el acceso directo al código fuente como regla derivada de la transparencia¹¹, mientras que otros autores han sido más matizados, insistiendo en la necesidad de distinguir el grado de transparencia en función del uso concreto de la inteligencia artificial en clave de “explicabilidad”¹². De nuevo, no se trata de una cuestión abordada solo desde el Derecho y, claro está, menos aún solo desde el Derecho administrativo¹³.

Como decíamos, y en relación con este tercer gran tema de la transparencia de los algoritmos, el modesto objetivo de este trabajo es analizar el tratamiento que hasta la fecha ha tenido esta cuestión en la normativa de transparencia y acceso a la información y en las resoluciones y sentencias que la aplican¹⁴.

Como es sabido, la Ley 19/2013, de 9 diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIPBG) prevé dos modalidades de acceso a la información: una adaptada a los tiempos actuales consiste en la publicación de oficio en portales de transparencia de información especialmente re-

¹¹ Puede decirse que favorables al acceso directo e incondicional, entre otros, GUTIÉRREZ DAVID, M. E., “Acceso al código fuente y a los algoritmos de las Administraciones inteligentes. Lecciones a partir de experiencias comparadas”, *op. cit.*, o VESTRI, G., “La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica. Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 56, 2021, pp. 368-398.

¹² Así, p. ej., para HUERGO LORA, A. (“El derecho de transparencia en el acceso a los códigos fuente”, *op. cit.*), cuando la inteligencia artificial se utiliza para tomar decisiones que tienen un marco jurídico liviano porque son actos de trámite o ni eso (organizativas, de inspección) que no han de ser motivados, no tiene sentido exigir más garantías a inteligencia artificial. Cuando se recurre a ella para tomar decisiones administrativas donde hay margen de discrecionalidad, tanto la decisión de utilizarlas, como su funcionamiento o aplicación concreta están sujetas al mismo grado de control que si no se utilizara: mostrar para qué sirve el modelo, qué factores tiene en cuenta y cómo se aplica en los casos concretos (p. ej., concesión de permisos). Además, el autor se muestra crítico con el enfoque procedimental, a través del control por informes o auditorías, por el riesgo que supone para la eficacia de la utilización en el ámbito público de este tipo de técnicas. En esta misma línea, Martín Delgado, I., “La aplicación del principio de transparencia a la actividad algorítmica”, *op. cit.* Para MIRANZO DÍAZ, J. (*Inteligencia artificial y Derecho administrativo*, Instituto Clavero Arévalo-Tecnos, Madrid, 2023, p. 142), “[...] la exigencia de explicar el algoritmo debe ser menos cuando no tenga un peso específico en la decisión final o no produzca efecto desfavorable o en los que no se exige motivación exhaustiva o en los que se reconoce un amplio margen de discrecionalidad. Un esfuerzo de distinción también en COTINO HUESO, L., “Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida”, *Revista Española de la Transparencia*, núm. 16, 2023, pp. 17-63.

¹³ Véanse una distinción de perspectivas en las obras de MATER-SCHÖNBERGER, V. y CUKIER, K., *Big data. La revolución de los datos masivos*, Turner Publicaciones, Madrid, 2013, y en la de CARON, D., *Con qué sueñan los algoritmos. Nuestras vidas en el tiempo de los big data*, Ediciones Dado, Madrid, 2018.

¹⁴ Un reciente y completo trabajo sobre esta cuestión en MEDINA GUERRERO, M., “La transparencia algorítmica en el sector público”, en MEDINA GUERRERO, M. (coord.), *Los derechos de la ciudadanía ante la Administración digital*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2023, pp. 135-224.

levante para conocer “cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones”, en los términos del Preámbulo de la propia Ley; y una clásica, el derecho de acceso ejercitado de forma individual, a través de un procedimiento legalmente establecido y que finaliza con una resolución expresa o presunta. Pasamos a analizarlas por separado, para finalizar este trabajo con una síntesis conclusiva.

II. PUBLICIDAD ACTIVA

No hay en la normativa básica estatal de transparencia ninguna previsión expresa de publicidad de los algoritmos. Ello no quiere decir que no sean de aplicación las categorías generales.

Por una parte, la LTAIPBG prevé como regla general la publicidad activa en los portales de transparencia de “la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”, siendo así que no cabe duda que en el caso del uso de inteligencia artificial que sea más relevante para los derechos ciudadanos, una explicación –en los términos que apunta la normativa a la que aludimos en el punto anterior– de su funcionamiento bien puede reputarse de una relevancia tal. Eso sí, la formulación da una innegable libertad de apreciación a la Administración, lo que explica que, como es sabido, este criterio general se haya complementado con la previsión de la publicación obligatoria de determinados ítems informativos. Entre ellos, por su conexión con el tema que abordamos, se prevé la publicidad de información de relevancia jurídica, pero en ella no hay mención específica a los algoritmos, de tal modo que depende de la naturaleza que se les otorgue¹⁵.

Por otra parte, debe recordarse que la propia LTAIPBG precisa que las obligaciones de transparencia que prevé “se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad”¹⁶. Pues bien, respecto de la normativa autonómica de transparencia, la Ley 1/2022, de 13 de abril, de transparencia y buen gobierno de la Comunidad Valenciana –una Ley “2.0” que sustituye a la anterior de 2015– ha incluido sin entrar en categorizaciones jurídicas entre la información de relevancia jurídica “la relación de sistemas algorítmicos o

¹⁵ Para quien conciben que son normas, y que deben aprobarse como tales, habrían de publicarse sus proyectos; para quienes entienden que su adopción debe someterse a información pública, habrían de ser publicados en los portales de transparencia durante ese periodo...

¹⁶ En cuanto a la publicidad activa del “registro de actividades de tratamiento”, prevista en el artículo 6 bis, en aplicación del artículo 31 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, si bien para advertir que no incluye especificaciones técnicas de los algoritmos ni explicación de su funcionamiento.

de inteligencia artificial que tengan impacto en los procedimientos administrativos o la prestación de los servicios públicos con la descripción de manera comprensible de su diseño y funcionamiento, el nivel de riesgo que implican y el punto de contacto al que poder dirigirse en cada caso, de acuerdo con los principios de transparencia y explicabilidad”. Como puede comprobarse, se mueve de nuevo en la lógica de la “explicabilidad” y se contempla ya como una forma de publicidad obligatoria, lo que nos parece positivo, si bien supeditada a un concepto no definido como el del “impacto”. En cuanto a las “disposiciones específicas”, hemos de remitirnos a las normas citadas en el epígrafe anterior, en nota a pie, que, como vimos, prevén determinados casos de publicidad de algunos aspectos relacionados con los algoritmos, y se insertan también en la lógica de la explicabilidad.

III DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1. Titular del derecho

La LTAIPBG –como sus homólogas en el Derecho comparado y en coherencia con el propio sentido político del derecho de acceso– contempla una titularidad que podríamos calificar como “universal” del derecho, que se desvincula del criterio del “interesamiento”. De este modo, cualquier ciudadano, pero también *watchdogs* como periodistas, organizaciones no gubernamentales, investigadores, con apoyo en su caso de expertos en inteligencia artificial o bien *watchdogs* especializados –que los hay, como *Algorithm Watch*– pueden ejercer el derecho respecto del acceso a los algoritmos. En los casos a los que se ha enfrentado hasta el momento el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante, CTBG), puede constatarse que el “liderazgo” lo ha ejercido de forma indiscutible una organización no gubernamental especializada, la Fundación Civio¹⁷, lo que puede por cierto servir para contra-argumentar la afirmación de que lo importante es la inteligibilidad, y no tanto el acceso al código fuente mismo, que resulta incomprensible para el común de los ciudadanos, ya que sí podría serlo para “auditores especializados”.

Eso sí, si el solicitante es un interesado en el sentido de la normativa administrativa, y la información se refiere a un procedimiento en curso, por aplicación de

¹⁷ Es el reclamante en la mayoría de los pronunciamientos: RR 701/2018, de 18 de febrero de 2019, 907/2023, de 30 de octubre, 908/2023, de 30 de octubre, 910/2023, de 31 de octubre, 949/2023, de 8 de noviembre, 46/2024, de 16 de enero. Además, impugnó la primera de las citadas –único caso en que el CTBG desestimó la reclamación– mediante recurso judicial que dio origen a la SJCCA núm. 8, de 30 de diciembre de 2021 (143/2021), que confirmó la denegación. Ha planteado recurso de apelación, que a fecha de publicación de este trabajo se encuentra pendiente. La Abogacía del Estado en nombre del Ministerio para la Transición Ecológica se ha opuesto y también el consejo de Transparencia en un primer momento, pero después lo ha rectificado. Puede verse la documentación en <https://Civio.es/acceso-a-bono-social/>

la disposición adicional primera de la propia LTAIPBG podría encontrarse con una remisión a la propia normativa de procedimiento, por lo demás, vacía de contenido sustantivo. Eso en el entendimiento de que pedir acceso a un algoritmo utilizado en un determinado procedimiento individual es hacerlo a un documento contenido en el procedimiento, lo que parece una interpretación cuanto menos discutible¹⁸.

2. Concepto de información pública y causas de inadmisión

En el Derecho comparado de los países de nuestro entorno geográfico más próximo, así como en el Derecho de la Unión Europea, las normas de acceso a la información pública tienen por objeto el “documento” y no a la “información”. La doctrina española que se ocupado del tema de la transparencia algorítmica y ha analizado el estado de la cuestión en el Derecho comparado ha puesto de relieve como la cuestión de si el concepto de documento engloba o no el acceso a los algoritmos está en directa conexión con la que en cada caso se juzga como la naturaleza jurídica de estos. Podría decirse que hay varios enfoques: el que niega la condición de información pública a las aplicaciones informáticas, por tratarse de meras herramientas técnicas que *per se* no aportan datos y por tanto no contienen información; el que se la concede, bajo diferentes razonamientos, por entender que sí juegan un papel, prefigurando o condicionando la decisión administrativa; y el que distingue, precisamente, en función de la función del tipo de programa o aplicación en cuestión¹⁹. En esta última línea, la clave sería, pues, comprobar si conocer el código fuente de la aplicación informática utilizada sirve al objetivo de la legislación de transparencia, esto es, al control por parte de la opinión pública de las decisiones adoptadas por las

¹⁸ “La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.” Conforme al artículo 53.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas, los interesados en un procedimiento administrativo tienen derecho: [...] a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos.”

¹⁹ GUTIÉRREZ DAVID, M. E., “Acceso al código fuente y a los algoritmos de las Administraciones inteligentes. Lecciones a partir de experiencias comparadas”, *op. cit.*, pp. 137-145; MEDINA GUERRERO, M., “La transparencia algorítmica en el sector público”, *op. cit.*, pp. 150-161. Así, siguiendo el muy meritorio trabajo de ambos autores, mientras que en Alemania parece decantarse por la negativa, en Estados Unidos se distingue entre en función de que se trate de “informática instrumental”, no englobable en el concepto de información pública, por no satisfacer la finalidad de la legislación de transparencia, o de “informática decisional”, en cuyo caso la información sobre el algoritmo sí entra en el objeto de la Ley de Acceso a la Información (*Freedom of Information Act*). En el caso de Francia, la reforma de 2016 de la normativa sobre transparencia, que entró en vigor en 2017, se ha incluido en el concepto de documento público acogido en el artículo 330-2 del Código de relaciones entre el público y la Administración (*Code des relations entre le public et l'Administration*) los “códigos fuentes”. En Italia, los tribunales parecen decantarse por considerar los programas informáticos como “actos administrativos informáticos” y la doctrina está dividida en cuanto a su naturaleza, pero en todo caso considera que la información sobre los algoritmos sí entra en el objeto del derecho de acceso.

diferentes Administraciones, pues de lo contrario, se trataría tan solo de un instrumento técnico, instrumental, auxiliar, para una más eficaz gestión administrativa, jurídicamente irrelevante, como bien señalara ya hace unos años entre nosotros algún autor²⁰.

La LTAIPBG no se refiere de forma expresa a los algoritmos como objeto del derecho de acceso, si bien ello no quiere decir, desde luego, que no pueda proyectarse esta normativa general a ellos.

La mencionada Ley parte de un concepto muy amplio de información, definida como “los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones (artículo 12 LTAIPBG). Nótese, por cierto, que la definición requiere que la información “obre en poder” de la Administración – utilizo aquí el término en sentido impropio o genérico, dado que, como es conocido, el artículo 2 LTAIPBG abarca un elenco muy amplio de sujetos, algunos de los cuales no tienen la consideración de Administración pública– y, sin embargo, si se trata de una aplicación –de nuevo utilizo este término en sentido genérico, que me perdonen en este caso los programadores informáticos, término que a su vez uso de forma inespecífica...– elaborada por terceros, la propia Administración puede desconocer el código fuente, pudiendo ser que tampoco quepa acudir al argumento de su “disponibilidad jurídica”, puesto que la LTAIPBG solo obliga a los contratistas a facilitar información “en los términos establecidos en el respectivo contrato”, de modo que si se quiere ese efecto habría que prever el deber de comunicar este tipo de información en una futura reforma de la LTAIPBG.

En la práctica jurídica en España, como veremos, el tema ha sido zanjado de forma contundente en sentido afirmativo, sin mayor profundización, desde los primeros pronunciamientos de las autoridades de transparencia: los algoritmos y sus códigos fuentes son información pública. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la normativa española contempla causas de inadmisión²¹, que, como dicen las estadísticas, son de aplicación mucho más profusa que los propios límites materiales a los

²⁰ BOIX PALOP, A., “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público. Teoría y método*, núm. 1, 2020, pp. 224-269, p. 228: “No hay ninguna diferencia jurídica entre escribir una resolución en una máquina de escribir o hacerlo por medio de un programa de procesamiento de textos. En la medida en que el aporte de la informática y de los programas empleados sea meramente instrumental y basado en la ayuda a operaciones de apoyo, por mucha mejora que suponga, no se altera esta realidad.”

²¹ Nos remitimos al estudio exhaustivo en BARRERO RODRÍGUEZ, C., “El ejercicio del derecho y el régimen de impugnaciones”, en GUICHOT, E. y BARRERO RODRÍGUEZ, C., *El derecho de acceso a la información pública*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 538-654.

que después nos referiremos, algunas de las cuales conectan con los planteamientos expuestos en el Derecho comparado. En particular, tres de ellas:

- En primer lugar, puede plantearse si determinadas “aplicaciones informáticas” entran dentro del concepto de “información que tenga carácter auxiliar o de apoyo”²². Al respecto, creemos que hay que manejarse con el acertado criterio general del CTBG²³, acogido por las autoridades autonómicas y por los tribunales, que no atiende ni a la integración en el expediente ni a la denominación formal, sino al grado de influencia de la información pretendida en la resolución adoptada. Eso explica que, pese a ser la causa más discutida en la doctrina, su aplicación esté siendo marginal, la menos frecuente de entre todas las causas de inadmisión²⁴. En todo caso, podría concluirse que cuando se trata de programas informáticos que meramente “traducen” a ese lenguaje las disposiciones normativas, y se emplean para el ejercicio de potestades regladas, pudiera invocarse esta causa de inadmisión²⁵.

- En segundo lugar, se contempla también la inadmisión de las solicitudes “que tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley”. En la práctica del CTBG, el uso abusivo se aprecia cuando se pretende conseguir una cantidad desmesurada de información elaborada *ad hoc* con un ingente trabajo previo realizado por terceros o por empleados públicos mediante el uso de herramientas públicas, lo que por cierto conecta así con “el espíritu” del anterior artículo 37 Ley 30/92, que preveía que el derecho de acceso fuera ejercido de forma “que no se vea afectada la eficacia en el funcionamiento de los servicios públicos”. En cuanto a la finalidad, se trata de la prevista en el Preámbulo de la LTAIBG: someter a escrutinio la acción de los responsables públicos, conocer cómo se toman las decisiones públicas, cómo se manejan los fondos públicos y bajo qué criterios actúan las instituciones públicas, de modo que no estaría justificada una solicitud que “de acuerdo con una ponderación razonada y basada en indicadores objetivos, tenga por finalidad patente y manifiesta obtener información que carezca de la consideración de información pública” según la definición legal, o “cuando tenga como objeto o

²² Artículo 18.1. b) LTAIPBG.

²³ Criterio interpretativo 6/2015.

²⁴ Como ha puesto de relieve BARRERO RODRÍGUEZ, C., “El ejercicio del derecho y el régimen de impugnaciones”, *op. cit.*, pp. 568-569.

²⁵ Por lo demás, debe dejarse constancia de que la propia Ley de Procedimiento Administrativo establece que no forman parte del expediente administrativo la información contenida en “aplicaciones, bases de datos o informes internos” (artículo 70.4). Ahora bien, la LTAIPBG no ha limitado el derecho de acceso al contenido del expediente, como ocurría en el precedente del artículo 37 de la Ley 30/1992, lo que ha llevado a una disparidad acerca de si la información no recogida en el expediente puede considerarse *per se* como auxiliar o de apoyo. BARRERO RODRÍGUEZ, C., “El ejercicio del derecho y el régimen de impugnaciones”, *op. cit.*, pp. 571-572, se muestra contraria, con cita de otros autores, pero muestra también cómo éste ha sido el entendimiento del reglamento de desarrollo de la normativa valenciana de transparencia o del propio Consejo de Estado.

posible consecuencia la comisión de un ilícito civil o penal o una falta administrativa²⁶. Aplicado al acceso directo a los algoritmos o al código fuente, podría pensarse que concurre el “ingente trabajo *ad hoc* para su elaboración”, y la no justificación para la finalidad, si se trata de “informática instrumental”, o bien, en el caso de la informática decisional, que hay que analizar si se trata de solicitudes que tengan por objeto o posible consecuencia la comisión de un ilícito civil, penal o una falta administrativa, en los términos que conectan con el concepto de “seguridad informática” al que enseguida aludiremos.

- Otra causa de inadmisión que puede concurrir es la referida a la información que precisa de una “acción previa de reelaboración”²⁷, en particular, cuando se piden explicaciones sobre cómo funciona un determinado algoritmo, dado que la propia Administración puede no disponer de dicha información, y carecer de los medios técnicos para ello, en el sentido en el que esta causa de inadmisión ha sido de nuevo interpretada por el CTBG²⁸. En este sentido, resultaría crucial la existencia de una disposición legal de carácter básico que le obligara a disponer de esta información, imponiéndolo en su caso a los desarrolladores cuando se trata de productos elaborados por terceros.

Veamos qué juego han tenido el concepto de información pública y las causas de inadmisión en las resoluciones dictadas hasta el presente por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante, CTBG).

- En la primera reclamación se pretendía acceder a la aplicación telemática del bono social eléctrico que se utiliza para la verificación de la procedencia o no de su obtención de conformidad con los requisitos legales. Parece que podía hablarse de “informática instrumental”, pues la normativa aplicable determinaba de forma reglada la decisión administrativa. La Administración adujo en este sentido –eso sí, ya en alegaciones, dado que no resolvió la solicitud de forma expresa– que el código no es información pública²⁹. El CTBG no entró a conocer de esta cuestión, salvo

²⁶ El CTBG dictó el Criterio interpretativo 3/2016. Sobre este tema, nos remitimos a Barrero Rodríguez, C., “El ejercicio del derecho y el régimen de impugnaciones”, *op. cit.*, pp. 635-654.

²⁷ Artículo 18.1.c) LTAIPBG.

²⁸ Criterio interpretativo 7/2015.

²⁹ R 701/2018, de 18 de febrero de 2019. El acceso fue solicitado por una organización no gubernamental muy activa en materia de transparencia, la Fundación Cívico, al calor de las dudas que habían surgido en relación con el buen funcionamiento del sistema. La Fundación Cívico solicitaba la especificación técnica de la aplicación, el resultado de las pruebas realizadas para comprobar que la aplicación implementada cumple la especificación funcional, el código fuente de la aplicación y “cualquier otro entregable que permita conocer el funcionamiento de la aplicación”. Se trataba de una aplicación creada por la propia Administración. Ante el silencio de la Administración. En alegaciones, el Ministerio para la transición ecológica expuso que había dado traslado a la Subdirección General de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Ministerio de Industria, comercio y Turismo, que a su vez solicitó informe a la Subdirección General de la Administración Digital “debido, obviamente, al alcance de esta petición, que

para definir el código fuente³⁰, dando por hecho que sí lo es, y pasó a analizar, como veremos, la concurrencia de límites, sin plantearse la de causas de inadmisión.

- En la segunda reclamación, referida al programa para el cálculo de las pensiones de la Seguridad Social –en que de nuevo nos hallábamos en un supuesto de “informática instrumental”–, a diferencia del caso anterior, la Administración sí había dado una explicación detallada del algoritmo, y el CTBG, previa constatación de la importancia que para el control de la actividad pública tiene el conocimiento directo de los algoritmos³¹, entró de lleno, *motu proprio*, a dilucidar si “un algoritmo como el descrito puede considerarse “información pública” al objeto de ejercicio del derecho de acceso a la información regulado en la LTAIPBG. Tras recordar el contenido del artículo 13 LTAIPBG, y hacer especial hincapié en el paso del objeto del derecho de acceso en Derecho español del “documento” a la “información”³², concluyó que

trascendería a todas las aplicaciones informáticas de todas las Administraciones.” El informe de la Subdirección General de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones apuntaba que el código no se considera información pública según el artículo 13 de la Ley de transparencia al no ser ni “contenidos” ni “documentos”, sino programas informáticos, que según la RAE se definen como “11.m. Cada una de las operaciones que, en un orden determinado, ejecutan ciertas máquinas. 12.m. Conjunto unitario de instrucciones que permite a una computadora realizar funciones diversas, como el tratamiento de textos, el diseño de gráficos, la resolución de problemas matemáticos, el manejo de bancos de datos, etc.”

³⁰ “El código fuente es el archivo o conjunto de archivos que tienen un conjunto de instrucciones muy precisas, basadas en un lenguaje de programación, que se utiliza para poder compilar los diferentes programas informáticos que lo utilizan y se puedan ejecutar sin mayores problemas.

³¹ R 58/2021, de 20 de mayo. El CTBG considera que “es preciso tener presente que, en este caso, el acceso a la información solicitada sirve de manera directa a los fines perseguidos por la LTAIBG y expresados en su preámbulo en la medida en que permite conocer cómo se toman las decisiones, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones, sometiendo a escrutinio la acción de los poderes públicos. En el contexto actual de progresivo desarrollo e implantación la administración electrónica y uso creciente de la inteligencia artificial, los algoritmos están adquiriendo una relevancia decisiva, a la vez que se incrementa su complejidad. Pueden sustentar la toma de decisiones públicas o, directamente, ser fuente de decisiones automatizadas con consecuencias muy relevantes para las personas. Esta evolución está generando una creciente demanda ciudadana de transparencia de los algoritmos utilizados por las Administraciones públicas como condición inexcusable para preservar la rendición de cuentas y la fiscalización de las decisiones de los poderes públicos y, en último término, como garantía efectiva frente a la frente a la arbitrariedad o los sesgos discriminatorios en la toma de decisiones total o parcialmente automatizadas. Mientras no se instauren otros mecanismos que permitan alcanzar los fines señalados con garantías equivalentes –como podrían ser, por ejemplo, auditorías independientes u órganos de supervisión, el único recurso eficaz a tales efectos es el acceso al algoritmo propiamente dicho, a su código, para su fiscalización tanto por quienes se puedan sentir perjudicados por sus resultados como por la ciudadanía en general en aras de la observancia de principios éticos y de justicia.”

³² “Existe unanimidad en considerar que la noción de “información pública” empleada por su artículo 13 ha superado la enteca concepción que del derecho de acceso se contemplaba en el artículo 37.1 de la hoy derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dando un relevante salto cualitativo y cuantitativo respecto del régimen de acceso inmediatamente precedente, en cuanto al objeto del derecho ya no son sólo los documentos, sino que incluye también la información no documentalizada, extendiendo el ámbito material del

“a la luz de [sic] configuración legal expuesta, este Consejo considera que, sin necesidad de entrar en mayores disquisiciones semánticas sobre los distintos significados atribuidos al término, un algoritmo como el que es objeto de la presente reclamación [...] entra sin lugar a dudas dentro del ámbito del concepto de información pública consagrado en la LTAIPBG.”

- En la siguiente ocasión, referida al acceso al código fuente de la aplicación informática de sorteo de tribunales en procesos selectivos, la Administración esgrimió que, una vez se han dado explicaciones detalladas, solicitar el acceso al código fuente resulta abusivo y no conforme a la finalidad de la propia normativa de transparencia, máxime cuando supone un perjuicio a un bien protegido injustificado en términos ponderativos³³. Sin embargo, tras remitirse a su Criterio interpretativo general sobre el alcance de esta causa de inadmisión, el CTBG lo descartó al entender que conocer el algoritmo contribuye a la finalidad perseguida por la LTAIPBG, como ya había apuntado en su resolución anterior, a la que se remitió. Admitió que en este caso la Administración había dado explicaciones sobre el funcionamiento de la aplicación, pero lo consideró insuficiente para aplicar la causa de inadmisión “en la medida en que esa aplicación informática tiene una participación en la toma de decisiones pública”. De este modo, pasó a analizar la concurrencia de límites. Nótese que, a diferencia de los anteriores casos, nos hallábamos en uno de esos casos en que, si bien la programación no toma decisiones discrecionales, sí resulta imposible al ciudadano comprobar su corrección sin conocer el código fuente.

derecho desde la noción de documento a la de información en poder del sujeto obligado, con independencia de cuáles sean sus características técnicas (formato) o el material en el que se registre (soporte).”

³³ Resolución territorial (en adelante, RT) 253/2021, de 19 de noviembre de 2021 y 748/2021, de 10 de enero de 2022. La Administración había dado también explicaciones detalladas del funcionamiento de la aplicación, pero insatisfecho con la respuesta, el solicitante reclamó acceso al código fuente. La Administración desestimó la demanda por considerar que concurría el límite de la propiedad intelectual, pero subsidiariamente, consideró que se trataba de una solicitud abusiva, en los términos establecidos en el artículo 18.1.e) LTAIPBG, según el cual son inadmisibles las solicitudes “[...] que tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley”, añadiendo que esta finalidad, como expresa su Preámbulo, es “conocer cómo se toman las decisiones que afectan a los ciudadanos, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones”, concluyendo que “la solicitud planteada [...] excede los parámetros normales del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, por lo que se ha realizado de forma abusiva e irrazonable, con una finalidad no amparada por la Ley de Transparencia. Este derecho, tal y como se menciona en el preámbulo de la Ley y se ha indicado anteriormente, debe permitir el escrutinio de la acción pública, pero el objeto de la misma no puede ser el conocimiento de información protegida, en este caso, por el derecho a la propiedad intelectual, máxime cuando la información solicitada no aporta un valor fundamental para realizar dicho escrutinio precisamente porque la administración ya ha explicado cómo toma las decisiones y cuál es su criterio de actuación, de manera que el interés público superior ya ha sido satisfecho mediante la publicación de la información completa relativa al procedimiento para la designación de los vocales de los tribunales de selección.”

- El siguiente caso se refirió al acceso al código fuente asociado al algoritmo del cálculo de días cotizados utilizado por el Servicio Público de Empleo Estatal cuando finaliza una prestación por desempleo³⁴, un caso similar a la segunda reclamación a la que nos referimos, la R 58/2021. La Administración había dado explicaciones sobre el método de cálculo y argüía que no existía en este caso un algoritmo y un código fuente, sino una aplicación informática que realiza un cálculo numérico en atención de unas reglas predeterminadas. El CTBG re remitió a sus anteriores resoluciones y consideró que “las nociones de *algoritmo* (y su *código fuente*) debe partir de la premisa de que la primera hace referencia a un *conjunto de operaciones automatizado* (llámese aplicación, algoritmo, *software* o programa) que resuelve un determinado problema a partir de unas reglas o metodología establecida que constituyen, precisamente, ese código fuente o regla técnica”. Recalcó que era precisamente el acceso a esa regla jurídico-técnica lo que se pretendía, en la medida en que “ejecutar una aplicación informática implica ejecutar código”, y se remitió a su doctrina anterior para justificar la necesidad del acceso, pues “se trata, en definitiva, de garantizar la *cognoscibilidad* del algoritmo en el sentido de proporcionar la *explicación* de cuáles son las reglas que se siguen en ese procedimiento automatizado”. Por ello, consideró que “no resulta procedente denegar el acceso al código fuente basándose en su inexistencia en la medida en que existe una *aplicación informática* que realiza un cálculo numérico [...] en atención a unas reglas predeterminados [sic] y es precisamente el acceso a esa regla jurídico-técnica lo que pretende ahora el reclamante –al que asiste la razón cuando afirma que *ejecutar una aplicación informática implica ejecutar código*–. De modo que, pese a reconocer que se habían dado explicaciones sobre los criterios utilizados, estimó la reclamación ordenando que se añadiera “*copia del código fuente asociado al algoritmo de cálculo de días cotizados*, entendiendo como tal la explicación del conjunto de reglas internas (técnico-jurídica) de la aplicación informática utilizada para dicho cálculo.”

Conviene advertir que mientras que las solicitudes y las subsiguientes reclamaciones antes consignadas se referían al acceso al propio algoritmo o al código fuente, las más recientes ya no han pretendido el acceso directo al algoritmo o al código fuente, sino “conocer qué parte de los procedimientos está automatizada, funcionalidades y especificaciones técnicas, casos de uso, cualquier otro documento que permita saber cómo funciona la aplicación y qué informaciones contiene o puede contener, quién ha sido el responsable de su desarrollo y si se ha tratado de un trabajo interno o se ha contratado a una empresa y, en tal caso, el número de expediente de contratación”³⁵. El diferente enfoque ha venido, sin duda, determinado porque se

³⁴ Resolución (en adelante, R) 7/2023, de 11 de enero.

³⁵ A finales de 2023, el CTBG ha tenido que conocer de una serie de reclamaciones que comparten idéntico reclamante, la Fundación Civio, e idéntico objeto de la solicitud de información (qué parte está automatizada, funcionalidades y especificaciones técnicas, casos de uso, cualquier otro documento que

trata de reclamaciones de un mismo solicitante, la Fundación Civio, cuyo recurso contra la primera de las resoluciones comentadas, que denegaba el acceso al código fuente, fue desestimado por los tribunales, como veremos. También por ese mismo motivo, las resoluciones del CTBG que vamos a exponer suponen un cierto giro y muestran que parece haberse hecho consciente de que los programas que se limitan a traducir al lenguaje informático las previsiones legales regladas no son, propiamente, inteligencia artificial, como veremos a continuación.

- Así, se solicitó acceso a información de ese tipo en relación con las aplicaciones de gestión de prestaciones de la Seguridad Social³⁶ o para gestionar el ingreso mínimo vital³⁷. La Administración hizo hincapié en sus alegaciones que la aplicación sobre la que se pretendía obtener información meramente desarrollaba, mediante programas informáticos, la normativa, por lo que se trataba de una ayuda a la toma de decisiones por parte del órgano competente, que es el que determina la corrección del cálculo y dicta la resolución³⁸. El CTBG reprodujo la argumentación de sus pronunciamientos anteriores sobre la importancia de la transparencia en este ámbito, pero con importantes matices, pues ahora se añade que en la referencia a la transparencia de las aplicaciones informáticas, estas han de entenderse “comprensivas en un sentido amplio de sus distintos elementos y características”; se elimina la referencia a la inteligencia artificial y se troca por otra a las “aplicaciones informáticas destinadas a la gestión, tramitación, cálculo de prestaciones, bonificaciones, etc.”; se habla de “creciente demanda ciudadana de la *explicabilidad* de las aplicaciones informáticas,

permita saber cómo funciona la aplicación y qué informaciones contiene o puede contener, quién ha sido el responsable de su desarrollo y si se ha tratado de un trabajo interno o se ha contratado a una empresa y, en tal caso, el número de expediente de contratación). Se refieren a distintas “aplicaciones o sistemas”.

³⁶ R 907/2023, de 30 de octubre de 2023 (aplicación PROGES PRESS-CARPA-ALFA, que se utiliza por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para el cálculo de las pensiones de jubilación, muerte y supervivencia) y 908/2023, de 30 de octubre de 2023 (aplicación INCA, que se utiliza por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para el cálculo de las prestaciones de incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y corresponsabilidad del cuidado del lactante).

³⁷ En la R 949/2023, de 8 de noviembre de 2023 (solicitud de acceso al aplicativo de gestión del ingreso mínimo vital), la Administración responde que el ingreso mínimo vital se gestiona con un aplicativo llamado APPLAN-IMV, y explica el funcionamiento, en el que intervienen funcionarios para verificar los requisitos y condiciones, e inadmite la solicitud respecto de la información sobre el responsable del desarrollo a la Gerencia de Informática de la Seguridad Social. El CTBG estima la reclamación al entender que no era procedente la inadmisión basada en el artículo 18.1.d) (“Dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente”), sino que hubo de aplicarse el artículo 19.1, conforme al cual “Si la solicitud se refiere a información que no obre en poder del sujeto al que se dirige, éste la remitirá al competente, si lo conociera, e informará de esta circunstancia al solicitante”, y ordena retrotraer las actuaciones.

³⁸ Es el razonamiento en las R 907/2023, de 30 de octubre de 2023 y 908/2023, de 30 de octubre de 2023.

así como de los algoritmos que las sustentan”, y no ya de “transparencia de los algoritmos”³⁹. Y, como colofón, se elimina la referencia al acceso al algoritmo como único mecanismo eficaz para la fiscalización⁴⁰.

- Una reclamación con un presupuesto distinto fue la referida al acceso a la aplicación Veripol, que se utiliza por el Ministerio del Interior para la detección de denuncias falsas, con el objetivo de desalentar a los ciudadanos de presentarlas y evitar el uso innecesario de recursos policiales⁴¹. De nuevo la Administración denegó la solicitud y alegó que la información en cuestión “no puede ser considerada información pública” y “no reúne las características de información pública como objeto de una solicitud de información al amparo de la LTAIPBG”, ya que lo que se requiere son diversas cuestiones técnicas relacionadas con el sistema algorítmico, por lo que era de aplicación la causa de inadmisión referida al carácter abusivo no justificado por la finalidad de transparencia de la ley”, conforme al Criterio interpretativo 3/2016. Y, además, informó “que la citada herramienta no puede decirse que sea un sistema usado para una toma de decisión por parte de las administraciones públicas, puesto que no toma ninguna decisión, ni tiene un carácter determinante de la misma, sino que constituye un elemento de apoyo y ayuda al funcionario policial actuante, responsable final de la decisión.” El CTBG consideró, por el contrario, que habida cuenta del concepto amplio de información, la información solicitada relacionada con una aplicación informática “entra sin lugar a dudas en el ámbito del

³⁹ “La transparencia de las aplicaciones informáticas –*comprensivas en un sentido amplio de sus distintos elementos y características*– que utiliza una Administración Pública en sus procedimientos de toma de decisiones puede sostenerse, razonablemente, que resulta esencial en la medida que permite disponer de la información necesaria para saber cómo funcionan aquéllas en un caso concreto de ejercicio de potestades públicas, permitiendo, en su caso, exigir la oportuna rendición de cuentas si esas decisiones no tienen la calidad esperada, tienen un impacto desfavorable para otras personas físicas o jurídicas, pueden suponer la vulneración de la normativa vigente o conculcar derechos de los ciudadanos, incluso derechos fundamentales. En efecto, en el contexto actual de progresivo desarrollo e implantación [de] la administración electrónica y uso creciente de aplicaciones informáticas destinadas a la gestión, tramitación, cálculo de prestaciones, bonificaciones, etc., los algoritmos están adquiriendo una relevancia decisiva. De manera que este tipo de aplicaciones, cada vez con mayor frecuencia, pueden sustentar la toma de decisiones públicas o, directamente, ser fuente de decisiones automatizadas con consecuencias muy relevantes para las personas. Esta evolución está generando una creciente demanda ciudadana de la *explicabilidad* de las aplicaciones informáticas, así como de los algoritmos que las sustentan, utilizadas por las Administraciones públicas como condición inexcusable para preservar la rendición de cuentas y la fiscalización de las decisiones de los poderes públicos y, en último término, como garantía efectiva frente a la arbitrariedad o los sesgos discriminatorios en la toma de decisiones total o parcialmente automatizadas.”

⁴⁰ En la anterior dicción: “Mientras no se instauren otros mecanismos que permitan alcanzar los fines señalados con garantías equivalentes –como podrían ser, por ejemplo, auditorías independientes u órganos de supervisión, el único recurso eficaz a tales efectos es el acceso al algoritmo propiamente dicho, a su código, para su fiscalización tanto por quienes se puedan sentir perjudicados por sus resultados como por la ciudadanía en general en aras de la observancia de principios éticos y de justicia.”

⁴¹ R 910/2023, de 31 de octubre de 2023.

concepto de información pública consagrado en la LTAIPBG.” Repitió su dictado “adaptado” sobre la importancia de la transparencia de “las aplicaciones informáticas, así como de los algoritmos que las sustentan”, “sin perjuicio de que exista un funcionario policial actuante responsable final de la decisión como es el caso”. Obsérvese que se trata del primer caso que en el que podríamos hablar de auténtica “inteligencia artificial”.

-Finalmente, la última reclamación de la que tenemos noticia se refiere a la solicitud de información sobre la aplicación de supervisión de horas extras por el Ministerio de Trabajo y Economía Social⁴², y el CTBG repite la aproximación. En este caso, de nuevo nos hallamos aparentemente ante mera “informática instrumental”.

IV. LÍMITES A LA TRANSPARENCIA Y AL DERECHO DE ACCESO

1. El test del perjuicio y el test de la ponderación

El ejercicio del derecho de acceso y la publicidad activa tienen unos límites comunes, contemplados en la normativa básica estatal⁴³. Los hemos analizado con pormenor en diversos trabajos⁴⁴.

Baste a nuestros efectos decir que la LTAIPBG parte del principio de maximización del derecho de acceso, que lleva a que las restricciones tengan el mínimo alcance necesario⁴⁵. Este principio, que puede formularse como que “la regla es el acceso y su restricción la excepción”, ha sido consagrado expresamente algunas leyes autonómicas⁴⁶; proclamado por el CTBG desde sus primeras resoluciones y plasmado en uno de sus primeros Criterios Interpretativos, el 2/2015, en el que además aporta una metodología de análisis⁴⁷, y firmemente acogida por la jurisprudencia⁴⁸.

⁴² R 46/2024, de 16 de enero de 2024, en que se pide información sobre la aplicación MAX.

⁴³ Artículos 14 y 15. Aunque insertos en el capítulo III, rotulado “derecho de acceso a la información pública”, el artículo 5.3 precisa que son también de aplicación a la publicidad activa.

⁴⁴ Por todos, en GUICHOT, E., “Límites”, en GUICHOT, E. y BARRERO RODRÍGUEZ, C., *El derecho de acceso a la información pública*, op. cit., pp. 185-512, o “Los límites de la transparencia y el derecho de acceso a la información”, en MARTÍN DELGADO, I. (dir.), *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, 2019, 55-105.

⁴⁵ Artículo 14.2: “La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de la protección”.

⁴⁶ Artículos 20.2 de la Ley catalana; 16.2 de la Ley extremeña, 25.2 de la Ley gallega; 3.a) de la Ley murciana; 31.2 de la Ley navarra o 28.2 de la Ley valenciana.

⁴⁷ Criterio interpretativo 2/2015, de 24 de junio de 2015.

⁴⁸ Así, desde la STS de 16 de octubre de 2017 (75/2017). En el mismo sentido, SSTs de 10 de marzo de 2020 (8193/2018) y de 11 de junio de 2020 (577/2019).

La LTAIPBG supedita la aplicación de los límites a un doble criterio: del perjuicio⁴⁹ y de la ponderación⁵⁰. En cuanto al test del perjuicio, no basta la mera invocación genérica de un límite, tal y como afirman reiteradamente la jurisprudencia reiterada⁵¹ y las autoridades de transparencia⁵², sino que es necesario un análisis del caso. En lo que hace al test de la ponderación, la LTAIPBG la refiere no solo al interés público de la divulgación, sino también al interés privado en obtener la información. La referencia al “interés público superior” debe conectarse con la propia finalidad de la Ley proclamada en su preámbulo, de tal modo que mientras más relevancia tenga la información en cuestión para conocer los modos y criterios de decisión y el empleo de fondos públicos, mayor será el peso en el plato de la balanza de la transparencia⁵³. Debe tratarse de un juicio “despersonalizado” en relación a la condición del solicitante, que no tiene por qué constar, si bien cuando se trata de periodistas, organizaciones no gubernamentales, expertos, normalmente van de la mano la condición del sujeto y la relevancia de la información requerida, ya que actúan como cuarto poder o “perros guardianes”, en la expresión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo mismo ocurre cuando se trata de información relativas a materias que afectan a bienes fundamentales colectivos, como la salud, el medio ambiente o el urbanismo. En todo caso, lo cierto es que son escasos los pronunciamientos en que, constatado el perjuicio potencial, se estime la prevalencia pese a ello del derecho de acceso. La referencia al “interés privado superior”⁵⁴, por su parte, y a nuestro juicio, contradice la propia finalidad y fundamento del derecho de acceso, expresados en el Preámbulo de la Ley, que, a la vez, recalca la innecesariedad de la motivación de la solicitud y hace exclusiva referencia al “interés público”. Es significativo que el propio CTBG, al igual que el Preámbulo, al interpretar los límites del derecho de acceso en su Criterio Interpretativo 2/2015, alude al doble test del daño y del interés “público”, ob-

⁴⁹ Artículo 14.1: “El derecho de acceso podrá ser restringido cuando la divulgación de la información suponga un perjuicio para [...]”.

⁵⁰ Artículo 14.2: “La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso”.

⁵¹ Por todas, STS de 16 de octubre de 2017 (75/2017), referida posteriormente de forma sistemática por la jurisprudencia y por las resoluciones del CTBG.

⁵² Por ejemplo, R 275/2022.

⁵³ “La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Solo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos”.

⁵⁴ A la que se une que el artículo 15.3.b) contempla, entre los criterios para ponderar el derecho de acceso cuando entra en colisión con el derecho a la protección de datos, “la justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho”, incidiendo así en una vertiente “subjettiva” en la ponderación.

viando la dicción legal⁵⁵. La concesión o denegación del acceso en función de ambos criterios, del perjuicio y de la ponderación, es reglada, como pusieron de relieve los tribunales inferiores y confirmado el Tribunal Supremo⁵⁶. La decisión ha de partir de un juicio *ad casum*⁵⁷ y ser objeto de motivación, como impone el artículo 20.2 de la Ley. La invocación genérica de límites sin mayor argumentación es una causa frecuente de estimación de reclamaciones.

Pues bien, estas mismas reglas han sido reiteradas por el CTBG en su aproximación a las reclamaciones de acceso a información relacionada con algoritmos, con cita de su propio Criterio interpretativo y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El CTBG comienza siempre su argumentación reiterando que siendo el derecho de acceso un derecho con reconocimiento constitucional, ha de hacerse una interpretación estricta de sus límites y no cabe una argumentación genérica. Es más, procede ya constatar que la ausencia de una motivación detallada de la concurrencia del límite alegado ha sido el argumento que ha llevado al CTBG a estimar las solicitudes, como veremos. Además, debe dejarse constancia de que el CTBG también ha tomado en consideración, aplicando doctrina general, que la actuación previa de la Administración, dando publicidad de una aplicación y de sus características, juega en contra de la estimación de que el acceso pueda suponer un perjuicio⁵⁸.

⁵⁵ “[...] es necesaria una aplicación justificada y proporcional atendiendo a la circunstancia del caso concreto y siempre que no exista un interés que justifique la publicidad o el acceso (*test del interés público*)”.

⁵⁶ Sentencias del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo (en adelante, JCCA) núm. 6, de 18 de mayo de 2016 (60/2016), núm. 11, de 22 de junio de 2017, (98/2017) y núm. 7, de 31 de enero de 2019 (11/2019). Recientemente, STS de 7 de febrero de 2023 (7678/2021).

⁵⁷ Lo que rige tanto en el caso del derecho de acceso como para la publicidad activa, en este último caso en aquellos supuestos en que la LTAIPBG no ha llevado a cabo ya de forma incondicional esa ponderación. Por ejemplo, en materia de datos personales, ha dispuesto la publicación de las retribuciones de los altos cargos o las autorizaciones o reconocimiento de compatibilidades de empleados públicos o altos cargos, lo que parece que hay que entender de forma incondicional, pero también de las ayudas y, en este caso, habrá que estar a la naturaleza de la misma que, por ejemplo, en caso de revelar datos socioeconómicos o que afecten a menores puede llevar, en aplicación del test de la ponderación, a la anonimización o a la no publicación. En ese sentido, no compartimos o matizamos la afirmación de FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2020). *El derecho de acceso a la información pública en España*. 2ª ed. Aranzadi, 201 y 227, para quienes en los casos de información pública sujeta a un deber legal de publicidad activa, el sujeto obligado no debe ponderar interés alguno.

⁵⁸ En las Resoluciones (en adelante, RR) 907/2023, de 30 de octubre de 2023 (aplicación PROGES PRESS-CARPA-ALFA, que se utiliza por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para el cálculo de las pensiones de jubilación, muerte y supervivencia) y 908/2023, de 30 de octubre de 2023 (aplicación INCA, que se utiliza por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para el cálculo de las prestaciones de incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y corresponsabilidad del cuidado del lactante), tiene en cuenta que la aplicación informática había sido aprobada por Resolución de 3 de agosto de 2006 (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 2006), que precisaba su funcionamiento. En la R 910/2023, de 31 de octubre de 2023, en que se pide acceso a información sobre la aplicación Veripol, que se utiliza por el Ministerio del Interior para la detección de

2. Los límites contemplados en la normativa sobre transparencia

En cuanto a cuáles sean los límites a la transparencia y el derecho de acceso, la LTAIPBG establece una enumeración de hasta doce límites en su artículo 14.1, a los que se suma el límite de la protección de datos en el artículo 15. Con el listado incorporado a los artículos 14 y 15 LTAIPBG el legislador estatal de 2013 tradujo al castellano, con ligerísimas y poco afortunadas alteraciones, los límites contemplados en el entonces recientemente aprobado Convenio europeo de acceso a los documentos públicos (en adelante, CEADP)⁵⁹, sin acudir a la posibilidad en él mismo contemplada de reducir su número o formularlos de forma más limitada.

Pueden reconducirse a cuatro grupos o clases, sobre los que, debido a las limitaciones de espacio, tan solo apuntaremos alguna nota general.

- Una serie de límites están conectados con *intereses públicos sustantivos*. Así, el artículo 14.1 LTAIPBG contempla límites que persiguen la protección de intereses públicos (“seguridad nacional”, “defensa”, “relaciones exteriores”, “seguridad pública”, “política económica y monetaria”, “protección del medio ambiente”). A falta de un criterio interpretativo general del CTBG de cuál sea el sentido de estos límites relacionados con intereses públicos sustantivos, ha de traerse a colación la Memoria explicativa del CEADP, conforme a la cual han de ser interpretados de forma estricta, de tal modo que no pueda utilizarse para proteger informaciones que pueden revelar violaciones de los derechos humanos, corrupción pública, errores administrativos o informaciones simplemente embarazosas para funcionarios o autoridades públicas. La tónica aplicativa es la negativa a la divulgación de la información si puede suponer un perjuicio para algunos de estos intereses, en un enjuiciamiento por los órganos de control que es favorable al respeto del margen de apreciación

denuncias falsas, con el objetivo de desalentar a los ciudadanos de presentarlas y evitar el uso innecesario de recursos policiales, el CTBG constata que distintos organismos e instituciones han publicado, con mayor o menor extensión, información relacionada con el objeto de la solicitud, como el portal web de la policía nacional o la web de la Universidad complutense de Madrid. En la R 46/2024, de 16 de enero de 2024, en que se pide información sobre la aplicación MAX de supervisión de horas extras por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, tiene en cuenta que el Ministerio de Trabajo adelantó la creación del algoritmo MAX y sus finalidades en una Guía que concreta las obligaciones empresariales y a información que debe ser proporcionada a los trabajadores que coincide con lo que aquí se pide.

⁵⁹ Si comparamos este listado con el que luce en el artículo 3 CEADP vemos que apenas hay diferencias significativas. Las diferencias son la alusión a las relaciones “exteriores” y no “internacionales” (muy en especial para dar cuenta del fenómeno comunitario), la alusión a la “tutela judicial efectiva” en lugar de “la eficacia de la Administración de justicia” (para adecuar la referencia al marco constitucional), y a “la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión”, al que el CEADP alude como “las deliberaciones dentro o entre autoridades públicas en lo referente al examen de un asunto”, siendo el único trueque aparentemente relevante el de la noción de “otros intereses privados legítimos” utilizada en el CEADP, por la de: “el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial”, que puede conectar con aquella y que está presente, por lo demás, en el Derecho comparado.

por parte del sujeto que tiene la información respecto al posible perjuicio derivado de la divulgación y que admite solo muy marginalmente que pueda concurrir un interés superior prevalente, posibilidad que, en la práctica y con carácter general, se descarta sin mayor razonamiento o con un razonamiento que, en realidad, se confunde con el test del perjuicio. Pues bien, estos límites pueden jugar en el acceso a información algorítmica, dado que la inteligencia artificial es usada en estas materias y su conocimiento sin restricciones podría suponer un perjuicio inasumible.

- Otros límites protegen la *integridad de los procedimientos administrativos y judiciales* (prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva). Su aplicación muestra que prevalecen cuando la información se refiere a procedimientos o actividades en curso o puede revelar técnicas que los dificulten en el futuro. De nuevo, tienen juego, en la materia que estamos analizando p. ej., en el uso de inteligencia artificial para determinar las preferencias en inspecciones, para la policía predictiva, para la preparación de dispositivos de seguridad...

- El siguiente grupo de límites está conectado con la protección de *derechos e intereses de contenido económico* (los intereses económicos y comerciales, el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial). Entre ellos, el tema del acceso a los algoritmos plantea de forma directa su compatibilidad con la protección de la propiedad intelectual. El sentido de este límite no es evidente, comenzando por si se refiere a la propiedad intelectual de la propia Administración o de terceros. Parece que han de englobarse ambas. El tema general de la propiedad intelectual de la Administración está necesitado de estudio. El CTBG pareció partir de la idea de que la información generada por la propia Administración no está sujeta a derechos de autor, ni sus funcionarios autores materiales tienen derechos de autor sobre la misma⁶⁰. No ha sido ése, sin embargo, el enfoque de los tribunales, que han puesto de relieve que la normativa sí presupone la propiedad intelectual de las creaciones elaboradas en el seno de la Administración o por su encargo⁶¹. El CTBG parece ya haberlo asumido, pero ello no quiere decir que deba denegarse cualquier acceso a información objeto de propiedad intelectual, sino solo aquellos que puedan conllevar un perjuicio, ya que el acceso es la regla y las excepciones han de justificarse⁶². En cuanto a la propiedad intelectual de terceros, cabe plantearse cuál sea el sentido que hay que dar al límite, máxime en los casos en que se prevé un trámite de informa-

⁶⁰ Así, R 42/2017, de 25 de abril.

⁶¹ Precisamente, en materia de acceso a algoritmos, como veremos, *infra*, en SJCCA núm. 11, de 31 de octubre de 2022 (158/2022).

⁶² Así, en la R 312/2022, de 23 de septiembre.

ción pública del documento en cuestión o, de forma más amplia, en que conocerlo resulta necesario para poder controlar la legalidad de la actuación administrativa. Parece más bien que los derechos de autor jugarían aquí no para prohibir el acceso, sino para impedir, conforme a su propia normativa, una reproducción y un posterior uso inconsentido de la información obtenida para fines lucrativos diferentes al del escrutinio público, como prevé el Derecho de la Unión Europea, lo que podría llevar en estos casos a que la forma de acceso fuera solo mediante consulta del original⁶³, sin expedición de copias⁶⁴, e impidiendo su captación fotográfica y/o haciéndolo con una cláusula expresa que advierta del sometimiento de su uso a la normativa sobre propiedad intelectual⁶⁵. Así parece entenderlo también el CTBG en pronunciamientos más recientes⁶⁶. No obstante, ha de tenerse en cuenta que el conocimiento por terceros puede implicar una lesión a los intereses comerciales de la empresa titular de los derechos, que a menudo incorpora en el contrato de adquisición de los derechos de uso cláusulas de confidencialidad que, si bien no constituyen un valladar absoluto al acceso a la información, si implican el necesario análisis del perjuicio que pudiera seguirse de la revelación⁶⁷, y, en aplicación del artículo 19.3 LTAIPBG, que ha de

⁶³ En esta línea, el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso dispone en su artículo 31.1: “La estimación de la solicitud de acceso o de consulta conllevará el derecho a obtener copia de los documentos solicitados, salvo en los siguientes supuestos: c) Cuando la reproducción suponga vulneración de los derechos de propiedad intelectual.”

⁶⁴ En este sentido, el Dictamen 1/2016, de 11 de mayo, de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña. ESTEVE PARDO, M. A., “El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial”, en VVAA, *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, INAP, Madrid, 2017, pp. 175-183, p. 176, destaca que la propiedad intelectual implica que una copia y difusión necesitaría autorización del autor.

⁶⁵ En sentido, FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *El derecho al acceso a la información pública en España*, op. cit., pp. 294-297, que señala que se trataría de conciliar ambos derechos, mediante instrumentos adicionales, tales como declaraciones o compromisos escritos de no hacer uso comercial o contrario a la ley de la información.

⁶⁶ Así, en la R 464/2022, se argumenta por la Administración que las preguntas de un examen son de autoría de una serie de expertos que tienen sobre ellas la propiedad intelectual. El CTBG, tras un repaso a los preceptos claves de la Ley de Propiedad Intelectual, argumenta que: “[...] de este sucinto marco normativo se desprende, en primer lugar, la posibilidad de formular una distinción entre los derechos morales del creador –atribución o reconocimiento de autoría, divulgación, preservación de la integridad– que son inalienables y los derechos de explotación, que incluyen la reproducción y el aprovechamiento económico que puede ser objeto de cesión. Y, en segundo lugar, cabe señalar que el bien jurídico protegido por la propiedad intelectual consiste, en definitiva, en la protección de la explotación del bien creado por parte de terceras personas. Esto es, la propiedad intelectual no puede operar como un límite al acceso de la información de que se trate, sino como límite a su utilización o explotación por parte del solicitante de la misma [...]”

⁶⁷ Sobre el particular, me remito a mi contribución en “Límites a la transparencia en la contratación pública”, en BARRERO RODRÍGUEZ, C. y GUICHOT, E., *La transparencia en la contratación pública y sus límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 157-300, en especial, pp. 182-257.

darse traslado al titular de los derechos de autor de la solicitud para que formule alegaciones y, si no se hizo, el CTBG ordena retrotraer el procedimiento⁶⁸.

- Por último tiene una regulación específica el límite de la *protección de datos personales*, que distingue entre tres círculos: las categorías especiales de datos, que gozan de una mayor protección y respecto de los cuales la regla es la no comunicación a terceros; los datos personales a secas, en los que es necesario efectuar una ponderación con la relevancia de la información solicitada para la finalidad de transparencia perseguida por la Ley; y los datos meramente identificativos relacionados con las personas que actúan por cuenta de la propia Administración, en que la regla es la transparencia⁶⁹.

Todas las categorías de límites han sido invocadas en las diversas reclamaciones habidas hasta la fecha.

En los primeros asuntos que fueron objeto de reclamación, como vimos, se pedía acceso directo al código fuente. Los razonamientos del CTBG se centraron en el límite de la propiedad intelectual, aunque en realidad la Administración invocó también otros límites. En efecto, en el caso del bono social eléctrico⁷⁰, el CTBG descartó por falta de argumentación, la concurrencia de los límites de la “seguridad nacional” y de la “seguridad pública” –entendida como seguridad informática, e invocada como aplicable al acceso a cualquier aplicación informática– y a la “protección de datos” a los que había apelado también la Administración⁷¹. Se centró en el de la “propiedad intelectual” en relación con el acceso al código fuente, del que rea-

⁶⁸ Por todas, R 405/2016, de 1 de diciembre.

⁶⁹ Artículo 15.

⁷⁰ R 701/2018, de 18 de febrero de 2019. la Fundación Civio solicitaba la especificación técnica de la aplicación, el resultado de las pruebas realizadas para comprobar que la aplicación implementada cumple la especificación funcional, el código fuente de la aplicación y “cualquier otro entregable que permita conocer el funcionamiento de la aplicación”.

⁷¹ En efecto, en la primera ocasión en que se planteó la cuestión, con ocasión de la solicitud de acceso al código fuente del bono social eléctrico, solicitado por la Fundación Civio al calor de las dudas que habían surgido en relación con el buen funcionamiento del sistema, el Ministerio concernido dio traslado a la Subdirección General de la Administración Digital “debido, obviamente, al alcance de esta petición, que trascendería a todas las aplicaciones informáticas de todas las Administraciones.” En ese informe se apuntaban como principales límites en juego la “seguridad nacional”, la “seguridad pública” –entendida como seguridad informática– y la “propiedad intelectual”, y se apuntaba también al derecho a la protección de datos de los propios beneficiarios del bono social, todo ello por las vulnerabilidades “de día cero” o que están aún por descubrir en el momento en el que se construye el producto software, que además podrían permitir acceder a las bases de datos conectadas con la aplicación, que recogen en este caso datos especialmente protegidos, como la discapacidad o la condición de víctima de violencia de género del solicitante.

lizó una definición⁷² y asumió que está protegido por la propiedad intelectual⁷³, pero no las especificaciones técnicas del programa (que pueden incluir diferentes aspectos, entre otros, si es un sistema operativo de código abierto, cómo realiza el almacenamiento de datos, cuál es su lenguaje de programación o si incluye herramientas para depuración de memoria y análisis del rendimiento del *software*) ni el resultado de las pruebas realizadas para comprobar que la aplicación implementada cumple la especificación funcional (que sirven a su juicio al propósito perseguido por la LTAIPBG de controlar la acción pública y el proceso de toma de decisiones, sin que se deban incluir en ningún caso datos personales reales, sino simplemente estadísticos, sobre la eficacia del sistema en función de la finalidad que se persigue)⁷⁴. En el siguiente pronunciamiento, de finales de 2021, referido al acceso al código fuente de la aplicación informática de sorteo de tribunales en procesos selectivos, la Administración había dado también explicaciones detalladas del funcionamiento de la aplicación, pero insatisfecho con la respuesta, el solicitante reclamó⁷⁵. El CTBG considera que si el autor es la propia Administración o es un tercero que ha cedido por contrato sus derechos a la Administración, no cabe hablar de propiedad intelectual porque la Administración no puede ostentar ese derecho, por lo que procede el acceso – esta afirmación, como veremos seguidamente, sería desmentida por la sentencia que resuelve el recurso contra esta resolución–. El CTBG estima, además, que no se concreta el daño, “más allá de menciones a vulnerabilidades y desprotecciones”.

Los más recientes pronunciamientos, en que ya no se pide acceso directo al algoritmo o al código fuente, analizan límites relacionados con la garantía de la integridad de los procedimientos. Así, en los casos del acceso a aplicaciones sobre

⁷² El código fuente es el archivo o conjunto de archivos que tienen un conjunto de instrucciones muy precisas, basadas en un lenguaje de programación, que se utiliza para poder compilar los diferentes programas informáticos que lo utilizan y se puedan ejecutar sin mayores problemas.

⁷³ “Puesto que el código fuente se expresa de forma escrita, resulta lógico pensar que el software puede ser protegido por el derecho de autor como obra literaria. Este es, en efecto, el enfoque vigente respecto de la protección del software en diversos tratados internacionales. Así, por ejemplo, el artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), el artículo 10 del Acuerdo sobre los ADPIC de la Organización Mundial del Comercio 7 y el artículo 1 de la Directiva (91/250/CEE) del Consejo Europeo sobre la protección jurídica de programas de ordenador equiparan el software con las obras literarias, protegidas por el derecho de autor. A efectos de la Directiva, el término “programa de ordenador” incluye programas en cualquier forma, incluso los que están incorporados en el “hardware”; este término designa también el trabajo preparatorio de concepción que conduce al desarrollo de un programa de ordenador, siempre que la naturaleza del trabajo preparatorio sea tal que más tarde pueda originar un programa de ordenador”.

⁷⁴ Sin embargo, no ha incluido en la propiedad intelectual “las especificaciones técnicas del programa ni el resultado de las pruebas realizadas para comprobar que la aplicación implementada cumple la especificación funcional”, lo que es discutible, en la medida en que según el 96.1 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, comprende también “la documentación técnica y los manuales de uso de los programas”.

⁷⁵ RT 253/2021, de 19 de noviembre.

cálculos de pensiones y prestaciones públicas de la Seguridad Social la Administración invocó “la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión”, alegando que dar acceso al código fuente “constituye un riesgo severo de vulnerabilidad de las aplicaciones informáticas”. Además, al tratarse de una aplicación que maneja datos sensibles de los ciudadanos, se argumenta que facilitar información sobre ella “pone en peligro la confidencialidad de los datos gestionados que se exige a la Seguridad Social”. De nuevo, el CTBG juzgó la motivación “a todas luces insuficiente”⁷⁶. Por su parte, la persecución de infracciones fue el límite esgrimido en el acceso a la aplicación Veripol, que se utiliza por el Ministerio del Interior para la detección de denuncias falsas, con el objetivo de desalentar a los ciudadanos de presentarlas y evitar el uso innecesario de recursos policiales⁷⁷. El CTBG recordó que este límite —como el de todos los de ese grupo— se aplica principalmente cuando los procedimientos están siendo tramitados y pueden ser perturbados con la revelación. Pero una vez más consideró que la negativa carecía de motivación suficiente (en sus palabras, “[...] se encuentra ayuna de la mínima justificación detallada que permita valorar y controlar por este Consejo la veracidad y proporcionalidad de la restricción del acceso a la información requerido”). Finalmente, este límite y el de las funciones administrativas de inspección y control se invocaron en la reclamación referida al acceso a la aplicación de supervisión de horas extras por el Ministerio de Trabajo y Economía Social⁷⁸. En este caso, la argumentación de la Administración, en la respuesta inicial y en alegaciones, fue algo más extensa: se trata de una herramienta que forma parte de los trabajos de Planificación de actuaciones inspectoras que el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social lleva a cabo de manera continua para cumplir con las competencias atribuidas en la Ley 23/2015, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En alegaciones, adujo que no es una aplicación para la realización de la actividad administrativa ordinaria, sino que se utiliza dentro del mecanismo de control del fraude, de modo que las funcionalidades de la aplicación en orden a la planificación de la actuación inspectora deben ser objeto de especial protección. Sin embargo, el CTBG volvió a estimar que la resolución “se encuentra ayuna de la mínima justificación” y, respecto de la mención al control del fraude en las alegaciones, estimó que no se había

⁷⁶ R 907/2023, de 30 de octubre de 2023 (aplicación PROGES PRESS-CARPA-ALFA, que se utiliza por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para el cálculo de las pensiones de jubilación, muerte y supervivencia) y 908/2023, de 30 de octubre de 2023 (aplicación INCA, que se utiliza por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para el cálculo de las prestaciones de incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y corresponsabilidad del cuidado del lactante).

⁷⁷ R 910/2023, de 31 de octubre de 2023.

⁷⁸ R 46/2024, de 16 de enero de 2024.

motivado, dando a la vez una “pista” de qué tipo de razones más concreta pueden aducirse⁷⁹.

3. ¿La seguridad informática como límite a la transparencia o “supralímite”?

Como el lector atento habrá podido comprobar, en la gran mayoría de las reclamaciones, la argumentación de la Administración gira en torno a la idea de que dar acceso a los códigos fuentes o a información detallada de los algoritmos puede poner en peligro la “seguridad informática”.

El tema, por supuesto, no es exclusivo nacional, y al respecto hay cuanto menos que reseñar que en Francia el límite de la seguridad informática ha sido incorporado expresamente a la normativa de transparencia en 2017, estableciéndose como límite “la seguridad del Estado, la seguridad pública, la seguridad de las personas o la seguridad de los sistemas de información de las administraciones”⁸⁰. Por lo demás, la propia normativa francesa deja claro que ese límite lo es, no ya al acceso directo al código fuente, sino a las propias informaciones que, en términos de explicabilidad, ha de dar la Administración, tanto en ejercicio del derecho de acceso⁸¹, como en forma de publicidad activa⁸².

⁷⁹ “Sin embargo, el hecho de que se trate de un aplicativo que se utiliza para la prevención del fraude en el ámbito de las horas extras no supone que el acceso a sus funcionalidades, sus especificaciones técnicas y casos de uso suponga necesariamente el acceso a inspecciones que se encuentran en curso, a la planificación de las inspecciones de esta naturaleza o al *modus operandi* utilizado por la Inspección de Trabajo; supuestos concretos en los que, de mediar la debida justificación suficiente, sí podría apreciarse la concurrencia del límite invocado atendiendo al bien jurídico protegido, que no es otro garantizar el normal desenvolvimiento de las actuaciones inspectoras. Nada de ello se da en este caso, en el que no se ha razonado ni siquiera mínimamente en qué medida el acceso a la concreta información solicitada podría afectar el bien jurídico protegido en la letra g) del artículo 14.1 LTAIPBG, limitándose el órgano requerido a una invocación genérica del límite.”

⁸⁰ Artículo L.311-5 del *Code des relations entre le public et l'administration*.

⁸¹ En efecto, conforme al artículo 311-3-1, sin perjuicio de la concurrencia de límites al acceso, una decisión individual adoptada con base en un tratamiento algorítmico ha de comportar una mención explícita que informe de ese dato al interesado. Las reglas que definen este tratamiento y sus principales características han de comunicarse por la Administración al interesado si lo solicita. El artículo L.311-3-1-1 aclara que la mención explícita ha de indicar la finalidad que persigue el tratamiento algorítmico. Recordará el derecho a obtener la comunicación de las reglas que definen el tratamiento y las principales características de su puesta en práctica, así como de las modalidades de ejercicio de este derecho a comunicación y de reclamación, en su caso, ante la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos. Y en su artículo L.311-3-1-2, que la Administración ha de comunicar a la persona que sea objeto de una decisión individual tomada sobre la base de un tratamiento algorítmico, a su solicitud, bajo una forma inteligible y bajo reserva de no atentar contra los secretos protegidos por la ley, las informaciones siguientes: 1º) El grado y el modo de contribución del tratamiento algorítmico a la adopción de la decisión; 2º) Los datos tratados y sus fuentes; 3º) Los parámetros de tratamiento, y, en su caso, su ponderación, aplicados a la situación del interesado; 4º) Las operaciones efectuadas por el tratamiento.

⁸² Conforme al artículo L.312-1-3, bajo reserva de los secretos protegidos en aplicación del apartado segundo del artículo L.311-5, las Administraciones mencionadas en el primer apartado del artículo

En España, en que no se ha producido un añadido tal, hay que reseñar que su protección puede asociarse a la de los propios límites contenidos en la LTAIPBG, y en particular, a los límites de la seguridad nacional y la seguridad pública. Así, el concepto de “seguridad nacional” puede extraerse, como hace el propio CTBG, del contenido de la Exposición de Motivos y del artículo 3 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, que lo define como “la acción del Estado dirigida a proteger la libertad y el bienestar de sus ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos”, que abarca la ciberseguridad, y, de hecho, sus marcos políticos estratégicos de referencia, como ha recalcado el CTBG al resolver reclamaciones relacionadas con ellos, son la Estrategia de Seguridad Nacional⁸³ y la Estrategia de Ciberseguridad Nacional⁸⁴. Es, por tanto, un concepto amplio, tangente unas veces y secante otras, de la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública o la seguridad económica, a la que alude en su artículo 10 la propia Ley citada, y que conecta con el límite de la política económica. Por su parte, el concepto de “seguridad pública” se encuentra en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, cuyo Preámbulo alude a la seguridad ciudadana como la garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía y no meras declaraciones formales carentes de eficacia jurídica, y cuyo artículo 3 establece del modo más amplio los fines de la Ley y de la acción de los poderes públicos en su ámbito de aplicación⁸⁵, que incluyen, en suma, la tutela de los bienes públicos y privados

L.300-2, con excepción de las personas jurídicas cuyo número de agentes o asalariados sea inferior a un umbral fijado por decreto, publicarán en línea las reglas que definen sus principales tratamientos algorítmicos utilizados en el cumplimiento de sus misiones cuando fundamentan decisiones individuales.

⁸³ RR 54/2016, de 12 de mayo y 298/2015, de 14 de diciembre.

⁸⁴ RR 331/2017, de 2 de octubre, 332/2017, de 6 de octubre, 340/2017, de 6 de octubre, 342/2017, de 9 de octubre, 343/2017, de 13 de octubre, 344/2017, de 13 de octubre, 377/2017, de 30 de octubre, 378/2017, de 30 de octubre, y 380/2017, de 30 de octubre.

⁸⁵ “a) La protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas y los demás derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico; b) La garantía del normal funcionamiento de las instituciones; c) La preservación de la seguridad y la convivencia ciudadanas; d) El respeto a las Leyes, a la paz y a la seguridad ciudadana en el ejercicio de los derechos y libertades; e) La protección de las personas y bienes, con especial atención a los menores y a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección; f) La pacífica utilización de vías y demás bienes demaniales y, en general, espacios destinados al uso y disfrute público; g) La garantía de las condiciones de normalidad en la prestación de los servicios básicos para la comunidad; h) La prevención de la comisión de delitos e infracciones administrativas directamente relacionadas con los fines indicados en los párrafos anteriores y la sanción de las de esta naturaleza tipificadas en esta Ley; i) La transparencia en la actuación de los poderes públicos en materia de seguridad ciudadana.”

protegidos por los límites al derecho de acceso⁸⁶. Además, si el conocimiento de la información puede posibilitar una “brecha” del sistema, con el “hackeo” masivo de datos personales, este límite también puede estar en juego.

V. LOS PRIMEROS POSICIONAMIENTOS JUDICIALES

Como resumen de los casos precedentemente analizados, puede decirse que tres claves articulan el “discurso” de la Administración. De una parte, que las decisiones no las toman las aplicaciones, sino las autoridades y empleados públicos, que se sirven simplemente de ellas para facilitar la ejecución de la norma. Este razonamiento entronca con la distinción entre informática instrumental e informática decisional. De otra, que no es necesario conocer el algoritmo o el código fuente para lograr la finalidad de la normativa de transparencia de conocer los criterios de adopción de las decisiones públicas, razonamiento que enlaza con la idea de “explicabilidad” como distinta del acceso directo, en conexión con la finalidad de la normativa de transparencia. Por último, que el acceso directo al algoritmo o al código fuente o la información detallada sobre su funcionamiento puede poner en riesgo la seguridad informática y, con ella, buena parte del conjunto de límites protegidos por la normativa de transparencia. Estos razonamientos han tenido mucho peso en la aproximación –aún inicial– de los tribunales a esta cuestión.

En efecto, la primera ocasión en que un tribunal debió pronunciarse fue en el caso del bono social eléctrico. En cumplimiento de la resolución del CTBG, la Administración facilitó al reclamante el “análisis funcional”, que contiene las ca-

⁸⁶ Tiene como campo principal de aplicación es el relacionado con la actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. El CTBG ha venido a asociar este concepto al de seguridad ciudadana y a identificarlo con la competencia del Ministerio del Interior. Razona que, “conforme dispone la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, la seguridad ciudadana es la garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía y no meras declaraciones formales carentes de eficacia jurídica. En este sentido, la seguridad ciudadana se configura como uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho. Las demandas sociales de seguridad ciudadana van dirigidas esencialmente al Estado, pues es apreciable una conciencia social de que solo éste puede asegurar un ámbito de convivencia en el que sea posible el ejercicio de los derechos y libertades, mediante la eliminación de la violencia y la remoción de los obstáculos que se opongan a la plenitud de aquellos. La Constitución Española de 1978 asumió el concepto de seguridad ciudadana (artículo 104.1), así como el de seguridad pública (artículo 149.1. 29º). Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han venido interpretando, con matices, estos dos conceptos como sinónimos, y se refieren a la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana. En base a estos parámetros, el Ministerio del Interior tiene encomendadas, entre sus funciones, la preparación y ejecución de la política del Gobierno en relación con la administración general de la seguridad ciudadana; la promoción de las condiciones para el ejercicio de los derechos fundamentales, especialmente en relación con la libertad y seguridad personal, en los términos establecidos en la Constitución Española y en las leyes que los desarrollen, así como la administración y régimen de las instituciones penitenciarias”. Por todas, R 219/2016, de 23 de agosto.

racterísticas generales y la descripción funcional, inclusiva de casos de uso y de la especificación funcional del sistema. No obstante, la Fundación Civio recurrió la resolución en la medida en que denegaba el acceso al código fuente. El Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo puso de relieve que en estos casos “no puede considerarse que el acto administrativo se dicte por una aplicación informática, sino por un órgano administrativo, y en caso de que el destinatario de dicho acto esté disconforme con el mismo, podrá impugnarlo en vía administrativa, y en vía judicial. Por tanto, la legalidad del acto administrativo no está justificada por la aplicación informática que instrumentalmente se utiliza en una fase del correspondiente procedimiento administrativo, sino por la normativa que regula la materia.” Además, subrayó que se entregaron a la entidad reclamante dos documentos, el “análisis funcional”, que recoge las especificaciones técnicas de la aplicación, y por tanto detalla qué hace el programa y cómo lo hace, y el llamado “casos de prueba”, que recoge la tipificación de las situaciones en que puede estar un potencial beneficiario y cómo reaccionaría el algoritmo ante cada una de ellas. Con ellos, argumentó, se ve cómo funciona el sistema informático, y si tal funcionamiento es correcto. Hay casos que no se pueden calcular con el algoritmo, y que se deciden con un análisis singular. En base a lo expuesto, hay que considerar que la denegación del acceso al código fuente de la aplicación informática no supone una vulneración del principio de legalidad, pues siempre, en último extremo, se podrá comprobar si el solicitante cumple los requisitos para que se le concede el bono social. Además, en el proceso se evacuó por el Centro Criptológico Nacional, dependiente del Centro Nacional de Inteligencia del Ministerio de Defensa un “Informe técnico sobre el incremento de riesgo asociado a la revelación del código fuente de las aplicaciones informáticas” —nótese, no referido específicamente a la aplicación en cuestión— que concluía que “la revelación del código fuente aumenta de una manera objetiva la severidad de las vulnerabilidades de cualquier aplicación informática. Si esta además maneja información clasificada o sensible de la administración, el conocimiento del código fuente aumenta el riesgo de que la explotación de las vulnerabilidades pueda afectar a la seguridad nacional, la seguridad pública o la seguridad jurídica de los administrados.” Añade en nota al pie que “el art. 14 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, señala con claridad las excepciones y límites al derecho de acceso a la información pública, cuando tal acceso pueda suponer un perjuicio para la seguridad nacional o la seguridad pública, entre otras, siendo ambos conceptos omnicomprendivos de la necesidad de salvaguardar los sistemas de información públicos de cualquier amenaza que pudiera dificultar o, incluso, impedir, el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, salvaguarda que quedaría capidismuinuida si fuera público el código fuente en el que se sustentan las aplicaciones que se ejecutan en tales sistemas.” Y previamente señalaba que “es preciso mencionar que la restricción del conocimiento público e indiscriminado del

código fuente de las aplicaciones informáticas está avalada por la mayoría de profesionales y organizaciones especializadas en seguridad”, con enlace a una fuente⁸⁷. A la vista del mencionado informe, el Juzgado Central consideró acreditado que la entrega del código fuente pondría en peligro diversos bienes salvaguardados por los límites al derecho de acceso seguridad pública, funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, política económica y monetaria, secreto profesional y propiedad intelectual e industrial y garantía de la confidencialidad)⁸⁸. Desde el punto de vista de la propiedad intelectual –que era en realidad el único límite “retenido” por el CTBG– esta se extiende al código fuente, que no es ni una norma ni un acto administrativo, sin que exista ninguna norma que imponga a la Administración el desarrollo de aplicaciones con fuentes abiertas ni la adquisición de *software* libre. Esta sentencia fue objeto de un recurso de apelación ante la Audiencia Nacional, interpuesto por la Fundación Civio, respecto del cual el CTBG manifestó su no oposición, en coherencia con el cambio de posición que adoptó a partir de 2021, conforme a la cual, en defecto de obligaciones legales de dar publicidad a los algoritmos y regular su alcance, el acceso directo al código fuente es la única medida que satisface la necesidad de transparencia. La Audiencia Nacional, en sentencia de 30 de abril de 2024, ha desestimado el recurso, recalcando la argumentación basada en la conexión de los límites argüidos con la seguridad informática, en línea con el informe pericial aportado por la Administración demandada⁸⁹. Además, el recurrente había invocado el

⁸⁷ También señalaba que las consecuencias de revelar el código fuente serían: “-Que el ataque sería muy difícil de detectar por parte de los encargados de la administración técnica de los sistemas de información y del equipo de ciberseguridad del Ministerio, puesto que dicho personal técnico no sería consciente de que sus sistemas de información están siendo atacados. -El Ministerio no tendría a su disposición, en el momento en que se produce el ataque, los medios técnicos (antivirus, sondas, parches de seguridad de los productos de Sistema Operativo y Middleware) necesarios para mitigar la vulnerabilidad, puesto que los fabricantes que dan soporte a estos productos tampoco serían conscientes de la vulnerabilidad de sus productos, o de que dicha vulnerabilidad sea detectada y eliminada por los productos específicos de seguridad informática. - Debido a lo indicado en los anteriores puntos, el atacante dispondría del tiempo suficiente para conseguir sus objetivos, entre los que se podrían a modo de ejemplo enumerar las siguientes actuaciones: * Acceder o modificar, evidentemente con propósitos ilícitos, a los datos de la base de datos de la propia aplicación, que incluye datos personales de especial protección de los interesados en los trámites (niveles de renta de los individuos, situación familiar y laboral, o si existe calificación como víctima de violencia de género o de terrorismo, o si el interesado sufre alguna discapacidad). * Intento de acceso y/o alteración de los datos almacenados en otras bases de datos, correspondientes a otras tramitaciones administrativas cuya responsabilidad recae en el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. * Utilizar los medios de la infraestructura de cómputo del Ministerio para otros fines, como por ejemplo la minería de criptomonedas. * Utilizar la imagen del Ministerio para perpetrar delitos basados en ingeniería social (blackmail o phishing).”

⁸⁸ SJCCA núm. 8, de 30 de diciembre de 2021 (143/2021).

⁸⁹ “En efecto, la revelación del código aumenta de una manera objetiva la severidad de las vulneraciones de cualquier aplicación informática, más aún cuando se maneja información clasificada o sensible, no siendo exigible a la Administración que todas las aplicaciones que desarrolle lo sea con fuentes abiertas. Antes al contrario, un sistema informático ha de ser desarrollado sobre la base de unas garantías de seguridad en función de la sensibilidad de la información a la que da acceso; en el caso examinado, se podrían

artículo 9.3 CE, argumentando que la falta de intervención humana en el procedimiento hacía que no bastara conocer el análisis funcional de la aplicación, sino que requería acceder al código fuente. Para la Audiencia Nacional, el argumento carece de solidez: las decisiones que se adoptan, aunque se utilice instrumentalmente una aplicación informática, son actos administrativos plenamente fiscalizables⁹⁰.

El segundo pronunciamiento tuvo lugar en el caso de la resolución referida al acceso al código fuente de la aplicación de un sorteo, que antes expusimos⁹¹. Como vimos, el CTBG cambió su criterio inicial en el caso del bono social y concedió acceso al código fuente. Pues bien, esta resolución fue anulada judicialmente a finales de 2022, al considerar que se habían dado explicaciones suficientes y que el acceso al código fuente entraña riesgos para la integridad de la información y del servicio público y para los datos personales de terceros y, además, que, frente a lo sostenido por el CTBG, el código fuente sí es objeto de propiedad intelectual de la Administración⁹². La sentencia pone además de relieve la contradicción de esta resolución del CTBG con su anterior resolución de 2018, confirmada judicialmente.

producir vulnerabilidades para acceder a las bases de datos conectadas con la aplicación que contienen datos especialmente protegidos, como la discapacidad o la condición de víctima de violencia de género del solicitante, los datos tributarios a la AEAT, de la Seguridad Social, etc. Y se pondría en riesgo la confidencialidad de la información tributaria, se posibilitaría la suplantación de los usuarios autorizados, la falsificación del consentimiento, etc.”

⁹⁰ “Como dice el Abogado del Estado la aplicación informática no es más que una herramienta que se integra en el seno de un procedimiento administrativo que seguirá produciendo un acto administrativo plenamente sujeto al ordenamiento jurídico, de modo que el control de la legalidad de los actos administrativos sigue estando garantizado: la legalidad (o no) del acto administrativo no viene justificada por el uso de la aplicación informática sino por la adecuación al ordenamiento jurídico del acto producido.”

⁹¹ RT 253/2021, de 19 de noviembre de 2021 y 748/2021, de 10 de enero de 2022.

⁹² SJCCA núm. 11, de 31 de octubre de 2022 (158/2022). Esta sentencia subraya que dar acceso al código fuente puede entrañar riesgo para el conjunto de la información y la gestión de los servicios públicos e incluso facilitar el acceso a bases de datos donde se custodian datos personales de los participantes, algunos especialmente sensibles. Y tiene en cuenta que se explicó detalladamente el funcionamiento de la aplicación, de tal forma que se dio transparencia al procedimiento público y los interesados tuvieron la posibilidad de acudir al sorteo público celebrado y a los resultados. Frente a ello, considera que el solicitante no ha razonado ni justificado la necesidad de una última comprobación personal que puede entrañar tantos riesgos, y tiene en cuenta que siempre le queda el recurso a la tutela judicial al interesado que entendiera que la aplicación informática no es imparcial o independiente, con la aportación de casos concretos que evidenciaran que el sistema funciona de modo incorrecto o discriminatorio. En definitiva, el sistema implementado estaría siempre sujeto a un control *ex post*, y no necesariamente *ex ante*. Por ello, considera que se trata de una petición abusiva. Además, entiende que el código fuente es objeto de propiedad intelectual y añade que “[...] el hecho de que la titularidad de la información corresponda a una Administración Pública no excluye tal protección pues no se establece en ninguna norma alguna limitación objetiva de los derechos de propiedad intelectual por razón de su titular. Por el contrario, la titularidad pública de derechos de propiedad intelectual se reconoce en el artículo 7.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, el cual dispone que “*En todo caso, tendrán la consideración de patrimoniales de la Administración General del Estado y sus organismos públicos... los derechos de propiedad incorporal*”, hayan sido adquiridos de particulares o generados por la propia Administración pues a ambos se refiere el artículo 33.3.d) de

VI. BALANCE

Resulta evidente que la doctrina en torno al acceso a algoritmos y códigos fuentes a través de la normativa sobre transparencia y acceso a la información está en plena formación y que será la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando más temprano que tarde le llegue el asunto, la que tenga la última palabra, si no lo regula expresamente el legislador.

Como hemos señalado, las claves que articulan el “discurso” de la Administración, acogidas por los tribunales, son las siguientes: las decisiones no las toman las aplicaciones, sino las autoridades y empleados públicos, que se sirven simplemente de ellas para facilitar la ejecución de la norma; no es necesario conocer el algoritmo o el código fuente para lograr la finalidad de la normativa de transparencia de conocer los criterios de adopción de las decisiones públicas, y el acceso directo al algoritmo o al código fuente o la información detallada sobre su funcionamiento puede poner en riesgo la seguridad informática y, con ella, buena parte del conjunto de límites protegidos por la normativa de transparencia. Por el contrario, las autoridades de transparencia se han mostrado favorables a concederlo, acaso con restricciones en cuanto al modo de acceso, como forma de permitir el escrutinio sobre su corrección⁹³.

la misma norma. Es más, el artículo 157 de la LRJSP se refiere expresamente los derechos de propiedad intelectual de que son titulares las Administraciones Públicas sobre las aplicaciones desarrolladas por sus servicios o que hayan sido objeto de contratación. Por todo ello, debe acogerse la tesis del recurrente y confirmar la aplicación del límite del artículo 14.1.j) de la LTAIBG.”

⁹³ Hablamos de autoridades en plural porque hay que reseñar que el CTBG no ha sido la primera autoridad de transparencia que ha tenido que aproximarse al tema. La primera de ellas fue la autoridad catalana. La Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña, que consideró que los algoritmos y códigos fuentes tienen la consideración de información pública a los efectos de la normativa de transparencia y acceso a la información pública, en sus RR 123 y 124/2016, de 21 de septiembre de 2016 y 200/2017, de 21 de junio (luego reiterado en las RR 93/2019, de 22 de febrero; 1050/2022, de 23 de diciembre). Conforme a la R 93/2019: “el concepto de información trasciende el tradicional de documentos y es sustancialmente equivalente al de conocimientos, por lo que el derecho de acceso se proyecta, ciertamente, sobre los documentos en poder de la Administración, pero también sobre el otro conocimiento que esté en poder de la Administración municipal, tales como bases de datos informáticas, algoritmos o conocimiento material no formalizado en ningún documento o registro administrativo”. Para la R 1055/2022: “[...] en esta definición cabe toda la información que se encuentre en poder de la Administración, tanto la que forma parte de expedientes administrativos, como la que no forma parte, tanto la expresada en soporte papel, como la digital, tanto la que forma documentos formales, como la integrada en bases de datos, algoritmos o programas de inteligencia artificial.”. Estimó que que hay un interés público y en ocasiones, privado (si el reclamante es o fue interesado en el procedimiento) en comprobar que están correctamente diseñados, sin que concurran el límite de la garantía de la confidencialidad y el secreto en la toma de decisiones, que debiera estar previsto por ley (en el caso del acceso al algoritmo que regula el sorteo de los tribunales de evaluación de pruebas de acceso a la universidad, en las RR 123/2016 y 124/2016, de 21 de septiembre de 2016), ni el de la seguridad pública – entendido como seguridad informática –, ya que si de lo que se trata es de evitar que pueda ser manipulado por terceros, no se garantiza impidiendo su conocimiento, sino adoptando las medidas de seguridad necesarias para evitar que terceros puedan acceder – presencialmente o de forma remota– a los ordenadores y sistemas informáticos que lo utilizan (R 200/2017,

La mayoría de los casos –que no todos– llegados hasta ahora las autoridades de transparencia no se refieren propiamente a “inteligencia artificial”, sino al uso de la informática para la gestión eficaz de procedimientos cuyos presupuestos materiales están predefinidos en la norma. Se da la paradoja, en este tema, de que allá donde el uso de la informática no hace más que traducir a lenguaje informático un “programa legislativo” predeterminado, el acceso a los algoritmos y al código fuente no es en muchos casos necesario para comprobar la corrección del sistema, si bien su concesión no implica un peligro para los límites protegidos en la normativa de transparencia; por el contrario, en los casos en que la inteligencia artificial, propiamente dicha, se utiliza de forma predictiva, puede ser necesario acceder a información sobre su funcionamiento, para comprobar si la facultad de apreciación o decisión se hace conforme a criterios de proporcionalidad, no discriminación..., sin que pueda suplirse mediante la comprobación “externa” de la corrección del sistema, pero es precisamente en esos casos en los que el acceso puede implicar un mayor riesgo para la propia eficacia del sistema en conexión con los límites que protegen intereses públicos o la integridad de los procedimientos⁹⁴. Las resoluciones tendrán, pues, que tener en cuenta estas diferencias y, por su parte, el legislador haría bien en ofrecer orientaciones al aplicador. Como vimos, por el momento, parece orientarse hacia la explicabilidad, cuyo grado de detalle habrá de tener en cuenta la necesidad de no poner en riesgo ninguno de los bienes protegidos que actúan como límite al derecho de acceso⁹⁵. Y, de esta forma, deberán distinguirse entre sectores de la actuación administrativa y, dentro de ellos, modalidades del uso de la inteligencia artificial, dado

de 21 de junio, en que se solicita acceso al código fuente del programa informático del mismo supuesto). En cuanto al límite de la propiedad intelectual, que examinó de oficio, entendió que vista la finalidad de control de la corrección de la actuación pública que se pretende con el acceso, parecía prudente restringir el acceso a esta finalidad y no permitir la difusión o utilización del algoritmo sin autorización expresa del titular del derecho de propiedad inmaterial en cuestión (RR 123/2016 y 124/2016), si bien, constatada posteriormente la titularidad pública, pareció otorgarle el efecto de excluir la concurrencia de este límite (R 200/2017, de 21 de junio).

⁹⁴ Al respecto, como destacamos *supra*, algún destacado autor ha puesto el énfasis en la necesidad de distinguir, a efectos de la necesidad de acceso al código fuente, entre conceptos (en particular, actuación administrativa automatizada e inteligencia artificial) y entre modelos que influyen sobre el contenido del decisión administrativa, porque no se limitan a traducir la norma y aplicarla al caso concreto, sino que suministran criterios que la Administración puede tener en cuenta o no, y que no están en la norma – que tienen sentido para la adopción de decisiones que no están totalmente regladas–, y otros que no lo hacen. Pone de relieve cómo el CTBG no hace esta distinción, tratando a todos como si pertenecieran a la primera categoría (HUERGO LORA, A., “El derecho de transparencia en el acceso a los códigos fuente”, *op. cit.*, pp. 35-66).

⁹⁵ CERRILLO MARTÍNEZ, A. (“La transparencia de los algoritmos que utilizan las administraciones públicas”, *Anuario de Transparencia Local*, núm. 3, 2020, pp. 41-78) recalca la necesidad de, al menos, difundir por publicidad activa información precisa sobre las especificaciones técnicas de los algoritmos utilizados, los usos (finalidades, objetivos, usuarios, destinatarios), o los datos utilizados (para el entrenamiento, para la toma de decisiones, etc.). Para reforzar la transparencia, uno de los mecanismos sería difundir el código fuente, y al respecto recuerda que el artículo 157 LRJSP, dispone que las administraciones públicas

que en muchos casos el acceso a los algoritmos y códigos fuentes pueden impedir el desempeño eficaz de las tareas administrativas⁹⁶.

Por todo ello, en línea con lo defendido por la doctrina –como alternativo o como complementario al acceso directo a los algoritmos o códigos fuente, según las diferentes posiciones de los autores a las que nos hemos referido– hay que reclamar al legislador que fije con carácter general y extramuros de la normativa sobre acceso a la información mecanismos generales de publicidad –que pueden aprovechar como medio de difusión los portales de transparencia– y de control de la corrección de la actuación administrativa a través de algoritmos –en este sentido, la normativa más reciente, de alcance general, apunta a obligaciones en función del grado de “riesgo” del sistema de inteligencia artificial y apoyadas en mecanismos de “evaluabilidad previa” en el propio diseño, las auditorías independientes, los órganos de supervisión...–. Porque, entre tanto, tal vez se esté pidiendo a la normativa de transparencia y acceso a la información que ofrezca un remedio “a cañonazos”, poniendo así en un brete a las autoridades de transparencia, ellas mismas sin la competencia técnica necesaria para poder calibrar *a priori* las posibles consecuencias de una publicidad ilimitada. Situadas, en fin, entre la espada de poner en riesgo los bienes públicos y privados que la normativa de transparencia establece como límites a la publicidad y la pared de posibilitar el control ciudadano del uso creciente y cada vez más decisivo de la inteligencia artificial por la Administración⁹⁷.

pueden declarar las aplicaciones, desarrolladas por sus servicios o que hayan sido objeto de contratación y de cuyos derechos de propiedad intelectual sean titulares, como de fuentes abiertas.

⁹⁶ No resulta casual que comience a haber estudios específicos en materia de defensa, seguridad pública, tributos o persecución del fraude, en general o en ámbitos específicos (por ejemplo, BELANDO GARÍN, B., “La inteligencia artificial en la supervisión del mercado de valores, *Revista de Derecho del sistema financiero: mercados, operadores y contratos*, núm. 4, 2022, pp. 157-178; PUNCEL CHORNET, A., “Inteligencia artificial para la transparencia pública. El sistema de alertas tempranas (SALER) de la Generalitat Valenciana, *Boletín Económico del ICE*, núm. 3116, 2019, pp. 41-61; RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M., “La transparencia en el uso de la inteligencia artificial en las subvenciones”, *Revista de privacidad y derecho digital*, núm. 29, 2023, pp. 131-169; SOTO BERNABEU, L., “La importancia de la transparencia algorítmica en el uso de la inteligencia artificial por la Administración tributaria”, *Crónica Tributaria*, núm. 179, 2021, pp. 93-129; VIRTO AGUILAR, A. D., “El uso de la inteligencia artificial por las administraciones tributarias. El principio de transparencia y el derecho del contribuyente a recibir una resolución fundada y motivada”, en SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Inteligencia artificial y administración tributaria: eficiencia administrativa y defensa de los contribuyentes*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021).

⁹⁷ Tesitura que se hace muy expresiva en la expresión de las primeras resoluciones del CTBG, desaparecida como vimos en las más recientes, tras las sentencias que deniegan el acceso al código fuente: “Mientras no se instauren otros mecanismos que permitan alcanzar los fines señalados con garantías equivalentes –como podrían ser, por ejemplo, auditorías independientes u órganos de supervisión, el único recurso eficaz a tales efectos es el acceso al algoritmo propiamente dicho, a su código, para su fiscalización tanto por quienes se puedan sentir perjudicados por sus resultados como por la ciudadanía en general en aras de la observancia de principios éticos y de justicia.”

VII. BIBLIOGRAFÍA

BARRERO RODRÍGUEZ, C. y GUICHOT, E., *La transparencia en la contratación pública y sus límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

BELANDO GARÍN, B., “La inteligencia artificial en la supervisión del mercado de valores”, *Revista de Derecho del sistema financiero: mercados, operadores y contratos*, núm. 4, 2022, pp. 157-178.

BOIX PALOP, A., “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público. Teoría y método*, núm. 1, 2020, pp. 224-269.

BOIX PALOP, A., “Transparencia en la utilización de inteligencia artificial por parte de la Administración”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 100, 2022, pp. 90-105.

CARON, D., *Con qué sueñan los algoritmos. Nuestras vidas en el tiempo de los big data*, Ediciones Dado, Madrid, 2018.

CERRILLO MARTÍNEZ, A. (“La transparencia de los algoritmos que utilizan las administraciones públicas”, *Anuario de Transparencia Local*, núm. 3, 2020, pp. 41-78.

COTINO HUESO, L., “Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida”, *Revista Española de la Transparencia*, núm. 16, 2023, pp. 17-63.

ESTEVE PARDO, M. A., “El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial”, en VVAA, *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, INAP, Madrid, 2017, pp. 175-183.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *El derecho al acceso a la información pública en España*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

GUICHOT, E. y BARRERO RODRÍGUEZ, C., *El derecho de acceso a la información pública*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

GUICHOT, E., “Los límites de la transparencia y el derecho de acceso a la información”, en Martín Delgado, I. (dir.), *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, 2019, 55-105.

GUTIÉRREZ DAVID, M. E., “Acceso al código fuente y a los algoritmos de las Administraciones inteligentes. Lecciones a partir de experiencias comparadas”, en COTINO HUESO, L. y CASTELLANOS CLARAMUNT, J. (eds.),

Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 135-168.

HUERGO LORA, A., “El derecho de transparencia en el acceso a los códigos fuente”, *Anuario de Transparencia Local*, núm. 5, 2022, pp. 35-66.

MARTÍN DELGADO, I., “La aplicación del principio de transparencia a la actividad algorítmica”, en Gamero Casado, E. (dir.) y Pérez Guerrero, F. L., coord., *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 131-194.

MATER-SCHÖNBERGER, V. y CUKIER, K., *Big data. La revolución de los datos masivos*, Turner Publicaciones, Madrid, 2013.

MEDINA GUERRERO, M., “La transparencia algorítmica en el sector público”, en Medina Guerrero, M. (coord.), *Los derechos de la ciudadanía ante la Administración digital*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2023, pp. 135-224.

MIRANZO DÍAZ, J., *Inteligencia artificial y Derecho administrativo*, Instituto Clavero Arévalo-Tecnos, Madrid, 2023.

O’NEIL, C., *Armas de destrucción matemática*, Capitán Swing Libros, Madrid, 2017.

PONCE SOLÉ, J., “Reserva de humanidad y supervisión humana de la Inteligencia artificial”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 100, 2022, pp. 58-67.

PONCE SOLÉ, J., “Seres humanos e inteligencia artificial: discrecionalidad artificial, reserva de humanidad y supervisión humana”, en Gamero Casado, E., coord., *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023).

PUNCCEL CHORNET, A., “Inteligencia artificial para la transparencia pública. El sistema de alertas tempranas (SALER) de la Generalitat Valenciana”, *Boletín Económico del ICE*, núm. 3116, 2019, pp. 41-61.

RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M., “La transparencia en el uso de la inteligencia artificial en las subvenciones”, *Revista de privacidad y derecho digital*, núm. 29, 2023, pp. 131-169.

SOTO BERNABEU, L., “La importancia de la transparencia algorítmica en el uso de la inteligencia artificial por la Administración tributaria”, *Crónica Tributaria*, núm. 179, 2021, pp. 93-129.

TORRECILLA SALINAS, J., TANGI, L., ULRICH, P., MANZONI, M., SCHADE, S., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E., PIGNATELLI, F., ¿“Para qué sirve la IA en el sector público? Casos de uso y perspectivas de aplicación”, en Game-ro Casado, E. (dir.) y Pérez Guerrero, F. L. (coord.), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 73-90.

VESTRI, G., “La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia al-gorítmica. Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 56, 2021, pp. 368-398.

VIRTO AGUILAR, A. D., “El uso de la inteligencia artificial por las admi-nistraciones tributarias. El principio de transparencia y el derecho del contribuyente a recibir una resolución fundada y motivada”, en SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Inteligencia artificial y administración tributaria: eficiencia administrativa y defensa de los contri-buyentes*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

El Decreto-Ley Autonómico: consideraciones acerca de una figura normativa en auge

Regional Decree-Law: considerations about a rising normative figure

Juan Gálvez Galisteo

Investigador Predoctoral

Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. UNA BREVE APROXIMACIÓN A LA REALIDAD DEL DECRETO-LEY. II. PREÁMBULO E INICIOS DEL DECRETO-LEY AUTÓNOMICO. III. CARACTERES DE LOS DECRETOS-LEYES AUTÓNOMICOS. 1. Presupuesto habilitante. 2. Carácter de provisionabilidad. 3. Convalidación o derogación parlamentaria. 4. Ámbitos materiales excluidos. IV. DECRETO-LEY AUTÓNOMICO: DUDAS SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD Y SOBRE SU NECESIDAD. V. ATC 177/2022, DE 19 DE DICIEMBRE, POSIBLE PRECEDENTE PARA EL CONTROL DE LOS DECRETOS-LEYES AUTÓNOMICOS VI. CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El decreto-ley es un instrumento normativo recogido en la Constitución Española (CE) cuyo crecimiento en los últimos tiempos debe su razón de ser a las amplias posibilidades que le otorga al Ejecutivo. El decreto-ley autonómico no está recogido expresamente por la CE, pero ha venido a configurarse como el análogo del estatal. Se trata aquí de abordar sus orígenes, características, posibilidades y críticas para tratar de comprender más sobre el por qué se encuentra útil para los gobiernos autonómicos, a la vez que se le otorga encaje constitucional. Además, se tratará de extrapolar el discurso argumental en torno a las minorías políticas del reciente recurso de amparo admitido por el ATC 177/2022 al posible control del decreto-ley autonómico.

PALABRAS CLAVE: Decreto-ley autonómico. Poder Ejecutivo. Autonomía parlamentaria. Legislación Autonómica. ATC 177/2022.

Recibido: 13-07-2023

Aceptado: 27-07-2023

ABSTRACT: The decree-law is a normative instrument contained in the Spanish Constitution whose important growth is because it grants broad powers to the executive power. The regional decree-law is not included in the Spanish Constitution however it works the same as the state but at regional level. This article is about its origins, characteristics, possibilities and criticisms to try to analyze why it is presented so appetizing to the regional governments, while its constitutionality is studied. In addition, an attempt will be made to extrapolate the argumental discourse of the recent appeal for constitutional protection of fundamental rights admitted by ATC 177/2022 and the possible judicial review of the regional decree-law.

KEYWORDS: Regional decree- law. Executive Power. Parliamentary autonomy. Regional Law, ATC 177/2022.

I. UNA BREVE APROXIMACIÓN A LA REALIDAD DEL DECRETO-LEY

El decreto-ley es el instrumento normativo que más ha visto aumentado su uso en los últimos tiempos¹. Está en auge desde la irrupción de la crisis económica en el año 2008² y los años consecutivos y, por supuesto, la situación de emergencia por la pandemia también ha favorecido el incremento de su uso³, estando confirmada cuantitativamente la tendencia a legislar a través del decreto-ley, con la aparejada reducción del debate parlamentario y las intervenciones de las minorías parlamentarias en el ámbito nacional. La dinámica estatal ha venido extrapolándose al ámbito regional pese a ser una categoría normativa no recogida expresamente en la Constitución Española (CE), y es precisamente por eso por lo que se viene aquí a intentar aclarar algo más sobre esta figura normativa, que dentro del debate doctrinal parece eclipsada o al menos comentada en menor escala que el decreto-ley de los ejecutivos estatales, aunque lo cierto es que puede identificarse en el discurso general sobre este tipo de regulación. Es por ello, por lo que nos parece procedente repasar y señalar su figura y sus particularidades, para poder conocer con mayor profundidad este instrumento en manos del poder ejecutivo autonómico.

¹ Numerosos estudios han analizado cuantitativamente el uso del decreto-ley en España, entre ellos SANZ GÓMEZ, R. Y SANZ GÓMEZ, S. “Análisis cuantitativo del uso del decreto ley en España (1979-2018)”. *Revista de Estudios Políticos*, 188, 127-158. 2020. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.188.05>

² Sobre la relación decreto-ley y crisis económica, ARANA GARCÍA, E. “Uso y abuso del decreto ley”. *Revista de administración pública*, N° 191, 2013, pp. 337-365.

³ Para el uso del decreto-ley durante la emergencia sanitaria causada por la pandemia COVID-19, GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. “Paralización legislativa y gobierno por decreto-ley”. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 21. 2021. DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.CM21.0104> y MARCO MARCO, J. y PÉREZ-GABALDÓN, M. “Regulación y uso de los decretos-leyes en las comunidades autónomas: la silenciosa invasión del ejecutivo al legislativo”. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n° 25. 2023. DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.CM23.0103>.

El progresivo aumento de un elemento normativo con las características del decreto-ley colabora en la instaurada incertidumbre que provoca en nuestras democracias la corriente populista donde la figura del líder político⁴ se vuelve fuerte y donde este tipo de normas de rango legal se postulan como potencial mecanismo para la reducción de opiniones de las minorías.

No sabemos de momento como puede afectar esa correlación al decreto-ley autonómico, lo que sí podemos afirmar es que dependiendo de la orientación que se le otorgue, puede ser un elemento que contribuya a la separación o a la homogeneización. Ejecutivos con aspiraciones descentralizadoras pueden desmarcarse del resto de comunidades autónomas y establecer particularidades. Pero también estamos observando como las claves de la política nacional parecen estar ocupando las instituciones autonómicas y locales, perdiendo éstas su capacidad de autonomía (entendida como facultad de darse normas a sí mismas) y viéndose sus intereses arrinconados mientras se prolongan en ellas las luchas partidistas de dimensiones nacionales. Hablamos de que los decretos-leyes autonómicos se presentan como posibles herramientas partícipes de continuación de políticas nacionales en los parlamentos autonómicos, no por el reparto competencial sino por la homologación de medidas o normas emanadas desde direcciones políticas de escala nacional (también directivas europeas), lo que nos lleva a preguntarnos si hay detrás intenciones centralizadoras a través de adaptar la normativa autonómica a la estatal⁵.

De lo que no hay duda, es de que en los últimos años hemos visto un uso creciente de esta norma con rango de ley por parte de los Ejecutivos de las Comunidades Autónomas en los que su Estatuto lo recoge. Esta situación ha provocado que desde la doctrina se reclame un mejor uso, ya que su uso desmedido o con un presupuesto habilitante dudoso o flexible en exceso, puede estar provocando una contaminación del decreto-ley autonómico, donde lo extraordinario se ha convertido en ordinario⁶.

El presente trabajo trata de exponer el decreto-ley autonómico como fuente del Derecho, analizando la figura normativa que representa, su momento y motivos de aparición, describiendo sus rasgos principales e incidiendo en su encaje constitucional. Asimismo, se incorporan visiones doctrinales críticas con su existencia. El trabajo coloca al decreto-ley autonómico dentro del catálogo de fuentes autonómicas,

⁴ En BRUFAO CURIEL, P. “Gobernar mediante decreto-ley en España: cuando la excepción se convierte en norma”. *Ars Boni et Aequi*, Vol. 14, N.º. 2, 2018, pp. 53-86, se relaciona este aumento cuantitativo del uso del decreto-ley con el “carácter fuertemente presidencialista de nuestro sistema político en la práctica”.

⁵ ARANA GARCÍA, E. (2013).

⁶ Como se indica en REBOLLO PUIG, M. “El derecho propio de Andalucía y sus fuentes. Los decretos-leyes”, en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (DIRS.) *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, E. Aranzadi, 2008, pp. 167-197, “se ha desplazado la cuestión desde la situación o estado de necesidad, a la de una necesidad de aprobar el decreto-ley”.

exponiendo los principales rasgos comunes entre los distintos decretos-leyes autonómicos allí donde se han recogido en las reformas estatutarias, expresando su justificación constitucional sin dejar de señalar los argumentos que se muestran más críticos con esta atípica figura.

II. PREÁMBULO E INICIOS DEL DECRETO-LEY AUTÓNOMICO

El decreto-ley autonómico es una fuente del Derecho que no fue recogida por el constituyente español del 78 y que no fue incorporada al catálogo de fuentes del Derecho autonómico hasta la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril que reforma el Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana. Posteriormente, en el proceso de reforma de varios Estatutos de Autonomía fue incorporada por otras comunidades además de la valenciana.

El decreto-ley autonómico es una categoría normativa que no ha existido históricamente como tal debido a que su posible razón de ser viene limitada al desarrollo del estado de autonomías que conforma el Estado español y que se configura a partir de la Constitución Española de 1978. Por lo tanto, es una categoría que no tiene un largo bagaje en el tiempo y que aparece muy recientemente en el sistema de fuentes del Derecho.

En el texto de la CE no viene recogido expresamente la existencia de un tipo de norma que se califique bajo la denominación de “decreto-ley autonómico” ni tampoco menciona expresamente un posterior desarrollo de éste vía Estatuto de Autonomía o vía legal. Lo que sí que cita la CE es la existencia de normas con rango de ley en el ámbito autonómico. Lo hace en el artículo 153 en el apartado a), a la hora de señalar las normas controlables por el Tribunal Constitucional (TC), al hacer referencia a “disposiciones normativas con rango de ley”, lo que quiere decir que además de la ley parlamentaria autonómica en sentido estricto pueda haber otras categorías que tengan su mismo rango como sería el caso de los decretos-leyes autonómicos.

Inicialmente, tampoco los primeros Estatutos de Autonomía aprobados recogieron esta figura dentro de las fuentes del Derecho de la Comunidad Autónoma. Sí que se incorporó en los borradores de los Estatutos para Cataluña y Asturias, pero finalmente no fueron aprobados.

El primer caso de decreto-ley autonómico desde la entrada en vigor de la Constitución en 1978 lo encontramos en el País Vasco en el año 1983⁷. En este año ocurren

⁷ En agosto de 1983 tuvieron lugar estas inundaciones que afectaron a gran parte del territorio del País Vasco provocando daños en la población, infraestructuras, viviendas y en la economía de esta comunidad autónoma. Bajo estas circunstancias, el Parlamento Vasco aprueba la Ley 17/1983, de 8 de septiembre, mediante la que habilita al ejecutivo vasco a poder aprobar decretos-leyes durante cuatro meses

una serie de fuertes precipitaciones e inundaciones en esta comunidad y para reparar los daños ocasionados por estas, el Gobierno vasco aprobó una serie de decretos-leyes⁸. El habilitante del que se sirvió el Ejecutivo de aquel momento en la comunidad vasca no fue su propio Estatuto de Autonomía sino una ley del Parlamento Vasco, la ley 17/1983, de 8 de septiembre, que le permitía con carácter excepcional y en un breve plazo de tiempo (4 meses), dictar disposiciones normativas de carácter provisional para la adopción de medidas encaminadas a la reparación de los desagrazos ocasionados por las lluvias acaecidas⁹.

Los Estatutos de Autonomía están subordinados a la Constitución y no son equiparables estrictamente a ella en el territorio de las comunidades autónomas, entre otras cosas, además de por su denominación, por su procedimiento de aprobación y de reforma¹⁰. Sin embargo, siendo la norma que recoge los principios básicos de autogobierno de una comunidad autónoma y sus instituciones propias, nos parece razonable que sea en ellos donde deben recogerse las fuentes del Derecho de cada Comunidad Autónoma. Por tanto, la habilitación al gobierno autonómico para emitir disposiciones normativas de carácter urgente y provisional vía ley parlamentaria no encaja en el modelo autonómico constitucional. Sobre estas disposiciones adoptadas por el Gobierno vasco nadie recurrió su posible inconstitucionalidad, pese a que la cobertura para su promulgación fue vía legal y no vía estatutaria.

Más allá de esta experiencia aislada, la cual ha sido la única sin cobertura estatutaria, no ha habido más apariciones de la figura del decreto-ley autonómico hasta

con la exclusiva finalidad de hacer frente a la situación provocada por las fuertes lluvias. Es importante señalar que esta figura no se encontraba recogida ni en la Ley del Gobierno Vasco ni en el Reglamento del Parlamento Vasco, sí que se encontraba la posibilidad de aprobar Proyectos de Ley por lectura única. El Gobierno Vasco llegó a aprobar cinco decretos-leyes y pese a su habilitación a través de ley ordinaria y las dudas de inconstitucionalidad que esto suscitaba no fue recurrida ante el Tribunal Constitucional. Para conocer más en profundidad sobre estos decretos-leyes, COBREROS MENDAZONA, E. *Los decretos-leyes en el ordenamiento de la Comunidad Autónoma Vasca*. RVAP, núm. 7, 1983.

⁸ Decreto-ley 1/1983, de 12 de septiembre, sobre régimen de las áreas de actuación inmediata y de la edificación dañada por las recientes lluvias, Decreto-ley 2/1983, de 12 de septiembre, sobre medidas urgentes en materia de viviendas de protección oficial con motivo de las lluvias, Decreto-ley 3/1983, de 12 de septiembre, por el que se establece el mecanismo de financiación de los gastos extraordinarios derivados de las catástrofes de agosto de 1983, Decreto-ley 4/1983, de 20 de septiembre, por el que se autoriza la modificación de la adjudicación de subvenciones con cargo al fondo de obras para la lucha contra el paro, previsto en la disposición adicional sexta del texto refundido de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco para 1983, aprobado por Decreto Legislativo 1/1983, de 18 de abril y Decreto-ley 5/1983, de 3 de octubre, sobre incumplimiento en materia de ayudas concedidas como consecuencia de las recientes lluvias torrenciales.

⁹ ENÉRIZ OLAECHEA, F. J. “El decreto-ley autonómico: regulación y crítica”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm.10/2011. Editorial Aranzadi, S.A.U, 2011.

¹⁰ Un trabajo donde se desarrolla esta idea, MUÑOZ MACHADO, S. “El mito del Estatuto-Constitución y las reformas estatutarias”. *Informe de las Comunidades Autónomas (2004)*. Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2005, pp.731-753.

la oleada de reformas estatutarias producidas desde el año 2006. Los decretos-leyes aprobados por el Gobierno Vasco en el año 1983 no fueron objeto de mucha crítica jurídico-política. Por el contrario, la incorporación al sistema de fuentes autonómico de este instrumento normativo ha suscitado en sede doctrinal un debate sobre el mismo, con visiones que defienden su encaje constitucional y visiones que lo consideran un atentado contra el sistema de fuentes constitucional, veremos ambas más adelante.

La primera comunidad en incluir en su Estatuto el decreto-ley autonómico es la Comunidad Valenciana (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril). Al caso de la Comunidad Autónoma Valenciana le siguió en el mismo año Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio) y fueron tomando nota e incorporando el decreto-ley a sus fuentes del Derecho las siguientes comunidades que fueron reformando su estatuto un año más tarde que los casos valenciano y catalán, como es el caso de Illes Balears, Andalucía, Aragón y Castilla y León. Más adelante, Navarra (2010), Extremadura (2011), Región de Murcia (2013) y más recientemente Canarias (2018) han conformado el listado de diez comunidades autónomas cuyo estatuto de autonomía recoge la fuente normativa del decreto-ley de corte autonómico. Por lo tanto, se puede afirmar que el decreto-ley autonómico es una figura que se instaura principalmente dentro del sistema de fuentes autonómico en el proceso de reformas de Estatutos de Autonomía que tiene lugar a partir del 2006.

El decreto-ley autonómico que se empieza a instaurar progresivamente en las Comunidades Autónomas que van reformando su Estatuto de Autonomía coincide en el tiempo con un período de recesión en la economía nacional y global, en el que paralelamente a esa incorporación del decreto-ley al catálogo de fuentes del Derecho autonómico, el Gobierno central va a comenzar a aumentar extraordinariamente el uso de esta figura¹¹. Los decretos-leyes autonómicos se desarrollan inicialmente en un contexto de crisis económica que facilita su aparición y su uso. En estos momentos de crisis en lo económico, se remarca aún más la línea de tendencia habitual propia de las características del Estado Social y Democrático de Derecho que favorece el fortalecimiento de los Ejecutivos. Parece que decreto (como instrumento de acción de gobierno) y situación de crisis son términos emparentados¹².

Los decretos-leyes autonómicos forman parte de la acción de gobierno y de la dirección política y administrativa que, en los mismos términos que el artículo 97 CE le otorga al Gobierno estatal, se le corresponde análogamente a los gobiernos autonómicos dentro de su esfera de actuación. El decreto-ley autonómico se presenta

¹¹ ARANA GARCÍA, E. (2013).

¹² DE LA IGLESIA CHAMARRO, A. "Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del gobierno. En particular, los decretos-leyes nacionales y autonómicos". *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*. Vol. 61, N° 2, 2013, pp. 69-80.

como un instrumento normativo bastante oportuno para la implantación de medidas destinadas a la regulación de determinadas circunstancias e ideal para que el Gobierno pueda llevar a cabo las políticas que estime convenientes en el contexto de crisis económica. Si realizamos un análisis de los decretos-leyes autonómicos aprobados durante esos primeros años de existencia, encontramos que gran parte de ellos van a tener como argumento principal para su desarrollo la situación de crisis económica en su exposición de motivos¹³. Justificar la aprobación de un decreto-ley autonómico (y estatal también) por la mera situación de crisis económica se convierte en una práctica habitual de los distintos Ejecutivos¹⁴.

Pero ¿su justificación basta con la utilidad para el Ejecutivo en momentos de crisis económica? ¿de verdad son tan necesarios estos decretos-leyes autonómicos? La realidad es que durante más de dos décadas ha sido posible una convivencia normativa sin ellos y, ni siquiera con la situación de crisis económica y, tampoco con el incremento del espacio competencial, la totalidad de Comunidades Autónomas la han incorporado a su catálogo de fuentes.

III. CARACTERES DE LOS DECRETOS-LEYES AUTONÓMICOS

A continuación, se va a exponer qué rasgos caracterizan a la mayoría de decretos-leyes autonómicos allí donde han sido recogidos como fuente del Derecho de la Comunidad Autónoma, con un gran núcleo de elementos comunes entre unos y otros.

La mayor parte de los Estatutos de Autonomía que han sido reformados y que han incorporado el decreto-ley a su sistema de fuentes han optado por reproducir análogamente el decreto-ley estatal recogido por el artículo 86 CE. Esto tiene su lógica, pues para que los decretos-leyes autonómicos puedan encajar en el modelo constitucional, ya que no hay una expresa configuración del mismo en el articulado de la Constitución, parece oportuno que sigan la línea o se asemejen lo máximo posible a lo marcado en el artículo 86 CE: *“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”*

En lo que respecta a la redacción en sí de los preceptos que recogen el decreto-ley autonómico en los Estatutos de Autonomía correspondientes, se observa como

¹³ Véase la exposición de motivos de los dos primeros aprobados en la Comunidad Autónoma de Andalucía, D-L 1/2008, de 3 de junio y D-L 2/2008, de 9 de diciembre.

¹⁴ ARANA GARCÍA, E. (2013).

el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, el primer Estatuto que lo recoge, en su artículo 44.4 se remite directamente al artículo 86 CE. En los demás casos, aunque no se llega a la expresa remisión que hace el Estatuto valenciano, sí que se deduce de los distintos preceptos una voluntad del legislador estatutario por emular el artículo 86 CE, es el caso por ejemplo del artículo 110 del Estatuto de Autonomía de Andalucía: “*en caso de extraordinaria y urgente necesidad el Consejo de Gobierno podrá dictar medidas legislativas provisionales en forma de decretos-leyes, que no podrán afectar a los derechos establecidos en este Estatuto, al régimen electoral, ni a las instituciones de la Junta de Andalucía*”.

En las distintas regulaciones estatutarias de la figura del decreto-ley autonómico aparecen una serie de elementos comunes que van a ser expuestos.

1. Presupuesto habilitante

Todos los Estatutos que han sumado el decreto-ley autonómico a su catálogo de fuentes han previsto que estos solo puedan dictarse en caso de extraordinaria y urgente necesidad tal y como vienen señalado en el artículo 86.1 CE. La coincidencia entre el hecho habilitante para el decreto-ley estatal y para los autonómicos, supone la extrapolación de la jurisprudencia constitucional sobre esta materia al ámbito autonómico.

El concepto de la “extraordinaria y urgente necesidad” es un concepto jurídico indeterminado que ha requerido continuamente un control por parte del Tribunal Constitucional, ya que la primera apreciación acerca de si existen estas circunstancias es de carácter político y queda en manos del gobierno en cuestión¹⁵. La apreciación por parte del órgano Ejecutivo no puede ser discrecional, se debe de exponer y justificar por parte del Gobierno la verdadera concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad, así como la adecuación y la proporcionalidad de la intención normativa del decreto-ley. Esto quiere decir que hay un concepto jurídico indeterminado como es el caso de una situación de extraordinaria y urgente necesidad que funciona al mismo tiempo como presupuesto habilitante y como límite para la validez del decreto-ley. Así lo expone el Tribunal Constitucional en la STC 189/2005, de 7 de julio.

¹⁵ GONZÁLEZ DE ZÁRATE LORENTE, R. “Consideraciones acerca de los decretos-leyes en el ámbito autonómico”. *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, N.º. 25, 2011, pp. 45-94.

En su función de control del presupuesto habilitante del decreto-ley¹⁶, el TC debe de realizar un “control más jurídico que político”¹⁷, procediendo primero a examinar y verificar si verdaderamente concurren las causas necesarias y, posteriormente, que tanto las medidas adoptadas como el razonamiento por parte del Ejecutivo en la exposición de motivos y en el proceso de debate parlamentario para la convalidación se muestran idóneos con la situación de necesidad que se pretende abordar.

Cabe recordar que, ante todo esto, en el ámbito autonómico se debe precisar con mucha más certeza la existencia de un caso de extraordinaria y urgente necesidad, debido a la posibilidad de aprobar y sancionar leyes con mayor celeridad al ser órgano parlamentario unicameral y no bicameral como es el caso estatal.

2. Carácter de provisionalidad

Los decretos-leyes autonómicos son fuentes del Derecho caracterizados por formular disposiciones legislativas provisionales. Es importante indicar que cuando los diferentes Estatutos hacen referencia al adjetivo “legislativas”, lo que se está remarcando es la connotación de valor de ley que tienen los decretos-ley autonómicos dentro de las categorías normativas de las Comunidades Autónomas¹⁸.

La provisionalidad de la inicial aprobación gubernamental es seguida por un posterior trámite de convalidación o derogación parlamentaria. Por lo general, el plazo que se otorga inicialmente de vigencia al decreto-ley autonómico es de 30 días, a semejanza del plazo para el decreto-ley estatal. Como provisional se debe de entender no solo su contenido material, sino el instrumento normativo¹⁹ que representa el decreto-ley y que justifica su aprobación a través de la conexión de sentido²⁰ entre la situación de urgencia y la norma producida. Esta provisionalidad del decreto-ley desaparecerá cuando se produzca la necesaria convalidación parlamentaria, pasando este a ser incorporado de manera definitiva al ordenamiento jurídico. En caso de no ser convalidado en plazo, el decreto-ley deja de ser aplicable.

¹⁶ Sobre el progresivo alcance y delimitación del concepto de extraordinaria y urgente necesidad para la aprobación de un decreto-ley son reseñables las siguientes sentencias del TC: SSTC 29/1982, de 31 de mayo; 6/1983, de 4 de febrero; 182/1997, de 28 de octubre; 11/2002, de 17 de enero; 137/2003, de 3 de julio; 155/2005, de 9 de junio; 189/2005, de 7 de julio; 329/2005, de 15 de diciembre; 332/2005, de 15 de diciembre; 68/2007, de 28 de marzo.

¹⁷ ENÉRIZ OLAECHEA, F.J. (2011).

¹⁸ DONAIRE VILLA, F.J. *Las normas con fuerza de ley de las comunidades autónomas: las figuras del decreto legislativo y del decreto-ley autonómicos*. Colección Institut d'Estudis Autonòmics, 2012, p. 156.

¹⁹ SALAS, J. “Los decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia”. *Revista de Administración Pública*, N° 51, 1966, pp. 41-96.

²⁰ CARMONA CONTRERAS, A. *La configuración constitucional del decreto-ley*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997, p. 125.

3. Convalidación o derogación parlamentaria

Mientras que, para el caso estatal, el artículo 86 CE realiza un mandato para una preceptiva intervención parlamentaria, en el caso de los preceptos estatutarios donde se recogen los decretos-ley autonómicos no se declara expresamente la necesaria intervención parlamentaria²¹, por lo que esta parece solo una condición para la pervivencia en el tiempo y en el ordenamiento de la vigencia del decreto-ley en cuestión²².

La intervención parlamentaria, como se mencionó anteriormente, debe producirse en los 30 días siguientes a la promulgación del decreto-ley. Este plazo empieza a contar desde el día siguiente a la publicación de este. Sobre si estos días se consideran hábiles o naturales, ha existido cierta discusión que se ha tratado de solventar tanto atendiendo a la literalidad de los preceptos, así como a otras disposiciones que resulten clarificadoras como puede ser lo recogido sobre plazos en los distintos reglamentos parlamentarios. En este sentido y para el caso de Andalucía, es de utilidad el art. 95.1 del Reglamento del Parlamento Andalúz, que declara que los días se computarán hábiles salvo disposición en contrario. Si en el plazo del que se viene hablando no se produce la necesaria intervención parlamentaria para su convalidación, la consecuencia no es otra que la derogación del decreto-ley.

El debate parlamentario en torno a la aprobación del decreto-ley es fundamental, en él el Gobierno debe justificar la idoneidad de las medidas adoptadas en el mismo con la situación de urgencia que se pretende regular. El debate y la votación del decreto-ley se realiza sobre la totalidad de este, no cabe la introducción de enmiendas o la aprobación parcial del mismo²³, que desvirtuaría la intencionalidad ejecutiva. Para la convalidación de un decreto-ley autonómico basta con mayoría simple y el acuerdo de convalidación o derogación deberá ser publicado en el boletín oficial correspondiente.

Cuando el parlamento interviene con el debate y votación sobre el decreto-ley autonómico, está desarrollando una función mixta. Esto se debe a que el debate parlamentario que se produce acerca del decreto-ley autonómico aprobado por el Ejecutivo es simultáneamente una actuación parlamentaria de control de la actuación del Gobierno y una actuación legislativa debido a que se está pronunciando sobre la

²¹ Quizás el art. 46 del Estatuto de Autonomía de Canarias, el último en incorporar el decreto-ley, pueda interpretarse como el más incisivo sobre la intervención parlamentaria.

²² MUÑOZ MACHADO, S. “El ordenamiento jurídico andalúz”, en MUÑOZ MACHADO, S. Y REBOLLO PUIG, M. (DIRS.) *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Ed. Aranzadi, 2008, pp. 133-258.

²³ Para un análisis más profundo de los trámites parlamentarios de convalidación o derogación parlamentaria, GONZÁLEZ GARCÍA, I. “La trascendencia constitucional del deficiente control del decreto ley autonómico”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111, 2017 pp. 99-124.

incorporación o no al ordenamiento jurídico de una norma con fuerza de ley. Resulta interesante este trámite en el caso de gobiernos en minoría enmarcados en el contexto de parlamentos fragmentados que ha venido predominando en la última década en nuestro país y en sus autonomías, debido a que ocasionalmente el momento de convalidación parlamentaria puede ubicarse como una oportunidad de negociación política sobre la votación del texto del decreto-ley²⁴.

Si el parlamento se pronuncia y decide no convalidar el decreto-ley autonómico, este será expulsado del ordenamiento. Esta decisión tiene eficacia *ex nunc* y, aunque trae a consecuencia el cese de los efectos del decreto-ley autonómico, no anula los efectos producidos durante su vigencia²⁵. La convalidación por su parte supone la continuidad de las medidas recogidas en el decreto-ley y sus efectos, perdiendo así el carácter de provisional con el que estaba dotado, pero no así su naturaleza ni su designación como decreto-ley, es decir, no modificaría su denominación a la de ley parlamentaria.

Es posible, y así viene recogido en los distintos estatutos que incluyen el decreto-ley, la tramitación del decreto-ley autonómico como ley por el procedimiento de urgencia²⁶, al igual que lo permite el art. 86.3 para el decreto-ley estatal, siempre y cuando se produzca en los 30 días siguientes a su publicación. La duda en este punto es si la aprobación de una ley por el trámite de urgencia tendría carácter alternativo o sucesivo, es decir, si una vez que el decreto-ley ha sido convalidado en esos 30 días se aprueba una ley o, si en el plazo de 30 días se inicia la tramitación de una ley por el procedimiento de urgencia en lugar de proceder a la convalidación del decreto-ley. Pues bien, aunque tanto el Reglamento del Congreso para el Estado como los reglamentos parlamentarios autonómicos para sus territorios han optado por la convalidación del decreto-ley y su posterior conversión en ley, parece mucho más acertada la segunda opción, ya que en aras de la eficacia del procedimiento normativo, se da pie a una ratificación tácita²⁷ de la intención gubernamental pero se abre la posibilidad de modificación por parte de las Cortes y los parlamentos autonómicos y con la celeridad que produce la reducción a la mitad de todos los plazos previstos para una ley ordinaria²⁸.

²⁴ VÁZQUEZ ALONSO, V. “El uso del decreto ley frente a “coyunturas económicas problemáticas” y por gobiernos en minoría”. *Revista Andaluza de Administración Pública*, n° 94, 2016, pp. 249-255.

²⁵ HERRÁIZ SERRANO, O. “Teoría y práctica del decreto-ley autonómico tras su incorporación al sistema de fuentes de algunas comunidades”. *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, N° 25, 2011, pp. 105-161

²⁶ Sirvan como ejemplo el artículo 33.4 del Estatuto de Autonomía de Extremadura y el artículo 21.2 bis del Estatuto de Autonomía de Navarra.

²⁷ CARMONA CONTRERAS, A. (1997: 272 y ss).

²⁸ Sobre la adecuación de esta interpretación alternativa se manifestó el Tribunal Constitucional en sus inicios, en la STC 29/1982, de 31 de mayo.

Cualquier grupo parlamentario, incluido el Consejo de Gobierno, puede solicitar la tramitación como ley del decreto-ley autonómico y, en caso de que finalmente se apruebe dicha ley, el decreto-ley autonómico quedará derogado y la nueva ley no estará sometida a las limitaciones materiales y formales del decreto-ley autonómico.

Las diputaciones permanentes en algunas comunidades tienen la facultad de poder convalidar los decretos-ley autonómicos cuando la asamblea legislativa no esté reunida e incluso pueden decidir tramitarlos como proyectos de ley por el trámite de urgencia cuando el parlamento esté disuelto por convocatoria de elecciones. Es el caso de los estatutos de Valencia, Aragón, Baleares, Navarra y Cataluña.

4. Ámbitos materiales excluidos

Los Estatutos de Autonomía se han encargado de establecer una serie de limitaciones materiales a los que los distintos decretos-ley autonómicos no pueden afectar, siendo elemento que destacar el término “afectar”. Sobre este concepto se ha hecho referencia por parte del TC en ciertas ocasiones para el decreto-ley estatal y más recientemente para el caso autonómico. De su jurisprudencia se concluye que con “afectar” se debe interpretar que el decreto-ley, como instrumento normativo que es, tiene una reconocida habilitación para regular y desarrollar determinadas materias siempre que la regulación no incida directamente o modifique muy relevantemente las materias en cuestión²⁹.

Lógicamente, los decretos-ley autonómicos solo podrán regular dentro del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas. Partiendo de esta premisa, los distintos Estatutos de Autonomía han establecido en términos generales la prohibición de afectar a los derechos y libertades de los ciudadanos de su comunidad, a las instituciones básicas autonómicas, al régimen electoral de la comunidad y el régimen tributario (Aragón y Castilla y León) y la materia presupuestaria. Incluso, encontramos como en el caso balear, catalán y el castellanoleonés la exclusión, de manera expresa, de la reforma estatutaria. Tampoco podrán desarrollar las materias que necesiten una mayoría cualificada (Extremadura, Canarias) o que estén reservadas a leyes de desarrollo básico como así lo apuntan los Estatutos de Cataluña y Baleares.

Además de limitaciones señaladas expresamente en los preceptos que regulan los decretos-leyes en los estatutos, nos encontramos con cláusulas indirectas de prohibición en los textos estatutarios. Por ejemplo, en el caso del Estatuto de Autonomía para Cataluña, el artículo 203.5 establece expresamente la competencia de la Generalitat para regular tributos propios a través de una ley del Parlamento, excluyendo

²⁹ MUÑOZ MACHADO, S. (2008: 185).

así la posibilidad de ser establecidos mediante un decreto-ley³⁰. De hecho, la STC 107/2015, de 28 de mayo, declara inconstitucional y nulo por esta razón la creación del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito creado por el Decreto-ley de Cataluña 5/2012, de 18 de diciembre.

IV. DECRETO-LEY AUTONÓMICO: DUDAS SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD Y SOBRE SU NECESIDAD

Desde la promulgación de la CE y la posterior aprobación de los primeros Estatutos de Autonomía y hasta el año 2006 se ha podido sobrevivir sin la figura del decreto-ley autonómico dentro de las fuentes autonómicas, por lo que nos lleva a pensar sobre la idoneidad de la existencia de esta categoría normativa no recogida expresamente en la CE pero tampoco excluida por ella.

Cuando se lanza la pregunta sobre por qué aparecen los decretos-ley autonómicos tras casi 30 años de la aparición de los primeros Estatutos, hay quien lo cataloga como un elemento que plasma una reproducción a grandes rasgos del sistema de fuentes estatal, que está derivando en un contexto de Estados dentro del propio Estado. También, hay quien lo entiende como un giro lógico dentro del papel que ha ido tomando el Ejecutivo dentro del Estado Social³¹. En definitiva, nos encontramos con autores que han ido justificando su aparición por un motivo u otro, pero no se puede obviar que, igualmente, nos encontramos con quien no está del todo de acuerdo con su encaje constitucional.

Es latente, por lo general, la opinión favorable en lo que a la validez jurídico-constitucional del decreto-ley autonómico se refiere. Sin embargo, un sector de la doctrina se ha mostrado bastante crítico e incluso se ha llegado a plantear la justificación de su instauración y desarrollo y la posible inconstitucionalidad³² de esta figura atípica en el catálogo de fuentes y que supone una ruptura con la forma de entender

³⁰ CUBERO TRUYO, A. “La constitucionalidad o inconstitucionalidad de la creación de tributos autonómicos mediante decreto-ley”, en SANZ GÓMEZ, R.J. (coord.), *Tributos propios de las Comunidades Autónomas*. Tirant lo Blanch. 2017, pp. 373-397. En este certero trabajo, el profesor Cubero Truyo examina la constitucionalidad de establecer tributos mediante decreto-ley autonómico, en él declara que es aplicable la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y que, por tanto, estos decretos-leyes no podrán afectar al deber de contribuir. Recalca que “*las posibilidades de afectación al deber de contribuir varían dependiendo de la entidad del tributo que se cree*” y que “*la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un nuevo tributo por decreto-ley dependerá (en las Comunidades Autónomas dónde no ha habido una exclusión expresa) de la mayor o menor importancia cuantitativa y cualitativa del tributo, su mayor o menor peso relativo en el conjunto del sistema*”.

³¹ ARANA GARCÍA, E. (2013) hace referencia a este fenómeno en los siguientes términos, “*reflejo del protagonismo del poder ejecutivo en el sistema político occidental*”.

³² Principalmente BAÑO LEÓN Y BOIX PALOP, véase BAÑO LEÓN J.M. y BOIX PALOP, A. “El Estatuto valenciano en el marco de la reforma territorial”, en el vol. col. *De la reforma estatutaria*, LÓPEZ RAMÓN, F. (ed.), Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, VIII, 2005,

el sistema de fuentes por parte de la CE. Son varios los argumentos que se mostraron desde su aparición y con su posterior uso.

Tanto el sector mayoritario de la doctrina, que se ha mostrado favorable a la posible incorporación del decreto-ley autonómico, como por la facción que ha manifestado su desacuerdo al recogimiento de esta figura, coinciden en un presupuesto común. Los Estatutos de Autonomía deben de hacer una alusión expresa al decreto-ley autonómico como fuente de Derecho de su territorio para que el Ejecutivo pudiera estar habilitado para el uso de este tipo de normas. Así, parece que sobre la necesidad de una previsión expresa estatutaria para su desarrollo existe unanimidad, por lo que la habilitación mediante ley que se realizó en el País Vasco con las inundaciones de 1983 quedaría descartada.

En su tipificación estatutaria requiere, por la particularidad de sus características y su atipicidad, de una regulación estricta que dé como resultado un instrumento normativo con rango de ley que sea capaz de garantizar la separación de poderes en el plano de la creación normativa y que no exceda las competencias de un Ejecutivo que, a su vez, tiene una serie de limitaciones con respecto al ámbito central por ser un Ejecutivo de carácter autonómico. Dentro de la parte más crítica al decreto-ley autonómico, se ha entendido que se rompe con la división de poderes entre Legislativo y Ejecutivo en la faceta legislativa defendida en la CE, en la que solo caben las excepciones de la delegación legislativa y del supuesto casi extremo del decreto-ley estatal³³.

Para seguir con el estudio de la crítica al decreto-ley autonómico nos vamos a apoyar en el Derecho comparado, en concreto, con continuas alusiones al caso de Italia. El desarrollo del decreto-ley en Italia ha servido de precedente para nuestro país. Bajo la Dictadura de Primo de Rivera, éste se acostumbra a legislar vía decreto-ley, teniendo como referencia a Benito Mussolini. Más adelante, la Constitución Italiana de 1947 recogería la figura del decreto-ley que serviría de precedente para que en la Constitución Española de 1978 también se recogiese su figura³⁴. Sin embargo, es destacable el diferente desarrollo doctrinal y jurisprudencial que ha tenido lugar en ese país con respecto al nuestro, los cuales han evolucionado de modo opuesto.

Ambas constituciones, española e italiana no contienen una referencia expresa a la figura del decreto-ley autonómico o regional, pero igual que no hay mención expresa al mismo, tampoco ninguno de los dos textos constitucionales declara que no pueda haber fuentes que ellas no recojan. La interpretación mayoritaria ha enten-

pp. 243-280. También, más completo y con posterioridad, BOIX PALOP, A. "La inconstitucionalidad del decreto-ley autonómico". *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º. 27, 2012, pp. 121-148.

³³ BOIX PALOP, A. (2011).

³⁴ BOIX PALOP, A. (2011).

dido que el sistema de fuentes que recoge la CE en el caso español no tiene por qué ser interpretado como un *numerus clausus* constitucional de categorías normativas³⁵. Aquí radica en nuestro parecer la diferencia interpretativa entre España e Italia, pues allí, al menos hasta el momento, la Corte Costituzionale y gran parte de la doctrina ha interpretado de forma restrictiva la habilitación que realiza el artículo 77 de la Constitución Italiana de manera exclusiva al Gobierno estatal, no permitiendo como en el caso español la posible incorporación del decreto-ley regional por vía analógica a las normas de rango de ley de las regiones.

La Corte Constitucional Italiana, en su Sentencia 50/1959, de 28 de diciembre, y posteriormente en la Sentencia 32/1961, de 9 de abril, se pronunció declarando la aplicación del “*principio de inderogabilidad de la competencia*”³⁶, no permitiendo que se entendiese que podían los decretos-ley regionales ser admitidos como fuente del Derecho propio de las regiones de manera análoga al caso central. Esto quiere decir que no se admite como constitucional toda categoría normativa que no recoja la Constitución de forma expresa. Hizo hincapié igualmente la Corte Italiana en esa sentencia sobre la importancia de mantener la división de poderes que líneas más arriba se comenta. Todo ello unido a que, igual que ocurre en España, los órganos parlamentarios de las regiones son unicamerales y soportan menos carga de trabajo, por lo que es aún más cuestionable la eventual urgencia y necesidad que requiere esta tipología normativa. Esta decisión de la Corte Costituzionale de hace más de 60 años ha venido siendo la referencia y el sentir común de la doctrina mayoritaria³⁷ en Italia sobre la incorporación de la figura del decreto-ley en las regiones.

La situación en Italia da un pequeño cambio con la reforma del Título V de la Constitución acaecida entre 1999 y 2001. Esta reforma (Ley Constitucional 1/1999) supone el reforzamiento de la capacidad de legislar de las regiones, aumentando su capacidad normativa y, por ende, de autogobierno. Aunque sigue siendo mayoritaria la doctrina que mantiene la inconstitucionalidad del decreto-ley regional, hay quien considera idónea una implantación de esta figura para poder otorgar a los Ejecutivos regionales de una capacidad de legislación de urgencia, que se adapte a las competencias regionales que han sido incluidas³⁸. Aun así, la opinión predominante sigue siendo la de no aceptación del decreto-ley regional y no ha sido incorporada al catálogo normativo de las regiones italianas ni utilizado por ningún otro Ejecutivo que no sea el central.

³⁵ CARMONA CONTRERAS, A. “La incorporación de la potestad gubernamental de urgencia a los nuevos estatutos de autonomía: consideraciones críticas”. *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 76, 2006.

³⁶ GONZÁLEZ DE ZÁRATE LORENTE, R. (2011: 45-94).

³⁷ Sirva como ejemplo, CARETTI, P. y TARLI BARBIERI, G. *Diritto Regionale*. Giappichelli, Torino, 2009.

³⁸ DONAIRE VILLA, F.J. (2012: 18).

El sector de la doctrina española más crítico con el decreto-ley autonómico, se ha identificado en cierta medida con estos argumentos de la doctrina italiana y ve extrapolable a nuestro país la interpretación que se realiza en Italia. Por el contrario, hay quien encuentra diferencias entre los textos constitucionales de un país y otro que dificultan la extrapolación y que asimismo permitiría la posibilidad del desarrollo del decreto-ley autonómico. Esta justificación de la diferenciación se puede argumentar mediante lo referente al control de constitucionalidad en España e Italia³⁹. En el artículo 127 de la Constitución Italiana, se señala la posibilidad del Gobierno estatal de recurrir expresamente una ley regional, entendiéndose ésta por su literalidad como ley del parlamento regional y no ampliándose a otras normas con rango de ley dentro del sistema de fuentes del Derecho regional, por lo que quedarían excluidas otras categorías normativas con rango de ley en el ámbito regional que no sea la ley parlamentaria. Atendiendo al caso español, es otra certeza que la CE ni excluye ni tampoco incluye ningún tipo de mención acerca del decreto-ley autonómico, pero tal y como se dijo en el apartado II, la única alusión se formula con el artículo 153 que, en lo relativo al control de los órganos de las comunidades autónomas por parte del Tribunal Constitucional, en su apartado a), deja en el aire la existencia de normas autonómicas con rango de ley, lo que abre la posibilidad de que no solo exista la ley autonómica, sino más categorías con su mismo valor como es el caso de los decretos leyes autonómicos. También se pueden identificar de manera pareja al art 153 CE, los artículos 161.1.a) y 163 de la Constitución que vuelven a realizar una similar locución al enumerar las posibles fuentes objeto de recurso y cuestión de inconstitucionalidad respectivamente.

Observando las divergencias entre los preceptos constitucionales recién comparados, consideramos que descartar la posible extrapolación de la argumentación de la doctrina mayoritaria italiana al caso español sería algo insuficiente exclusivamente por este punto, es decir, se necesitarían más razones para poder desechar la útil comparativa con el caso italiano, y es más, podríamos decir que si la fuerte crítica y oposición doctrinal y jurisprudencial asentada en Italia se hubiese desarrollado en nuestro país desde el origen⁴⁰ del decreto-ley autonómico podría haberse contemplado otras situaciones diferentes sobre la actualmente consolidada aceptación del decreto-ley autonómico. Lo que sí nos parece claro es la enorme dificultad de revertir la situación y derogar un instrumento normativo que ha sido aceptado por la doctrina jurídica y por la jurisprudencia de nuestro país y sobre todo que se ha colocado como

³⁹ DONAIRE VILLA, F.J. (2012:21).

⁴⁰ “El decreto ley ha sido introducido en nuestro ordenamiento autonómico sin apenas debate ni discusión”, de esta manera se hace alusión a esta realidad en SEVILLA MERINO, T. “El Decreto-Ley en el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril)”. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, N°. 20, 2008, pp. 375-393.

un elemento muy útil para los gobiernos autonómicos y no sería de extrañar que tarde o temprano sea incorporado en todos los estatutos de autonomía.

La propia Constitución Española en su artículo 147.2, como indica el profesor Medina Guerrero⁴¹, permite que los Estatutos de Autonomía regulen la organización de sus instituciones autónomas propias, siendo esto la justificación suficiente para poder recoger un sistema de fuentes que no contravenga los mandatos constitucionales correspondientes al sistema de fuentes ni el reparto competencial. Esto sirve inclusive como argumento para realzar que el decreto-ley autonómico no debe ser recogido bajo una regulación infraestatutaria nunca. En el contexto del fenómeno del “*indirizzzo político*” propio de la evolución del Estado Social, puede resultar evidente que el autogobierno autonómico tienda a crecer y demandar más espacio de actuación. Con esta dinámica expansiva de los Ejecutivos, añadida al citado precepto constitucional, parece que, pese a no haber sido recogido inicialmente, al decreto-ley autonómico es posible declararlo tanto constitucional como lógico, producto necesario para el adecuado desarrollo de la acción de gobierno, como así también se apuntó por el sector favorable a la habilitación a los gobiernos regionales en Italia para dictar estas normas de urgencia.

Esta tendencia expansiva que favorece la introducción del decreto-ley autonómico, permite que desde los Ejecutivos de las comunidades autónomas puedan calcar la dinámica estatal que ha acabado por hacer un uso abusivo y perverso de estas normas. Debemos recordar y hacer mención de otra capacidad de elaborar normas que tienen los gobiernos tanto central como autonómicos para el efectivo desarrollo de sus competencias y valorar si pudiera ser beneficiosa para la reducción del recurso al decreto-ley, nos referimos a la potestad reglamentaria.

La capacidad de elaborar reglamentos podría plantearse como una alternativa a la existencia del decreto-ley autonómico, pero se debe señalar que se estaría hablando de normas que tienen un rango inferior pese a que encuadren dentro de la función administrativa y de dirección política del gobierno. También es un importante elemento diferenciador entre uno y otro los plazos de aprobación, ya que los reglamentos requieren de una serie de requisitos que alargan en el tiempo su aprobación final y, teniendo en cuenta que la debida intención es hacer frente a una situación de urgencia y necesidad, no sería conveniente demorar la aprobación de la

⁴¹ MEDINA GUERRERO, M. “El estreno del decreto-ley como fuente del derecho autonómica”. *Revista Andaluza de Administración Pública*, (71-72), pp. 451-464.

norma⁴². Por el mismo motivo, habría que rechazar los denominados reglamentos de necesidad, los cuales regulan una situación excepcional previa previsión de una ley⁴³.

En lo referente a la fiscalización, una de las principales críticas que se ha vertido sobre el decreto-ley autonómico y su encaje constitucional es la carencia de legitimidad que ostentan los distintos grupos parlamentarios en la oposición dentro del parlamento autonómico para interponer recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional⁴⁴. Atendiendo al artículo 32.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para interponer recurso de inconstitucionalidad ante las disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas solo están legitimados el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados o cincuenta Senadores. Esta imposibilidad de recurrir los decretos-leyes por las minorías parlamentarias autonómicas suponen para la oposición de la cámara autonómica una minusvaloración de su propia condición de opositora frente al Ejecutivo, que le impide intentar frenar un posible uso abusivo del decreto-ley autonómico. La sitúa en un escalón de inferioridad y coloca a las minorías parlamentarias en una posición lejana a realizar un efectivo control del gobierno. Resulta significativo observar cómo se interponen recursos de inconstitucionalidad casi de manera automática frente al decreto-ley estatal y como esto no ocurre así con respecto a decretos-leyes autonómicos⁴⁵. Por su parte, los reglamentos permiten su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, además, los reglamentos autonómicos también permiten ser recurridos ante el Tribunal Constitucional por el gobierno central según lo establecido en el artículo 161.2 CE, siempre que sea por motivo de inconstitucionalidad y no por cuestiones de legalidad⁴⁶, cuyo juicio no compete al Tribunal Constitucional. Asimismo, cabe recordar la suspensión provisional del reglamento autonómico cuando se recurre por vía del artículo 161.2 CE⁴⁷.

⁴² NÚÑEZ LOZANO, M.C. apunta a la conveniencia de poder incluir en nuestro ordenamiento “reglamentos de urgencia y necesidad” que posibiliten acudir a la potestad reglamentaria para reducir el uso, abusivo en ocasiones, del decreto-ley, véase NÚÑEZ LOZANO, M.C. “El decreto-ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad”. *Revista de Administración Pública*. Núm. 162. Septiembre-diciembre 2003, pp. 337-358.

⁴³ NÚÑEZ LOZANO, M.C. (2003) y TUR AUSINA, R. “A propósito de los decretos-leyes autonómicos, perspectivas y posibilidades”. *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, N.º. 7, 1999, pp. 289-306.

⁴⁴ Sobre la crítica del posible control jurisdiccional y parlamentario véase GONZÁLEZ GARCÍA, I. (2017).

⁴⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, I. (2017).

⁴⁶ BALAGUER CALLEJÓN, F., “Las fuentes del Derecho en las Comunidades Autónomas”, p. 488 en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Manual de Derecho constitucional*, Vol. I, 16ª Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2021.

⁴⁷ ALZAGA VILLAMIL, O. “El derecho autonómico y su relación con el estatal (I)”, p. 584 en ALZAGA VILLAMIL, O. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Derecho político español según la Constitución de 1978. Tomo I. Constitución y fuentes del Derecho*, Séptima edición, Ed. Marcial Pons, 2021.

Considerando positivamente la fiscalización de los reglamentos autonómicos con respecto a la referente a los decretos-leyes, más aún con la laxa interpretación que el Tribunal Constitucional ha venido haciendo del concepto de urgencia y necesidad, no parece que aquellos puedan suplir por jerarquía normativa y por celeridad lo que los gobiernos autonómicos consiguen con el recurso al decreto-ley. Asimismo, la tacha de dispensar de las minorías parlamentarias se acentúa en el caso de los reglamentos, ya que para el caso de los decretos-leyes se prevé, aunque sea a posteriori, una participación parlamentaria que se realiza con el trámite de convalidación o derogación, un control que un supuesto reglamento no tendría⁴⁸.

Las opciones que sí que se muestran como verdaderas alternativas a que no se produzcan una mayor relegación de la función legislativa de los parlamentos autonómicos⁴⁹ son las leyes aprobadas por el trámite de urgencia y las leyes de lectura única. Los parlamentos autonómicos son órganos unicamerales que permiten una mayor celeridad en la aprobación de una ley formal, pero no solo eso, sino que también por su ámbito competencial también tienen una menor carga de trabajo (ocurre igual en el caso de las regiones italianas). Además, en los distintos Estatutos de Autonomía y los reglamentos parlamentarios se recoge la opción de tramitar una ley por el procedimiento de urgencia siempre que la mesa de la cámara otorgue su visto bueno, lo que reduciría todos los plazos a la mitad. Por tanto, la posibilidad de aprobar normas con mayor celeridad a través de leyes por el trámite de urgencia y por el de lectura única sumada a la mayor agilidad que provoca el unicameralismo autonómico, la menor carga de trabajo y su ámbito competencial, nos lleva a pensar ¿de verdad concurre tanta urgencia y necesidad para la aprobación de un decreto-ley autonómico?

Atendiendo a la jurisprudencia, una vez que el Tribunal Constitucional entiende que no hay impedimento constitucional para la incorporación al catálogo normativo autonómico del decreto-ley⁵⁰, procede a declarar que los límites formales y materiales impuestos al decreto-ley autonómico sean, al menos, los mismos que para el decreto-ley estatal⁵¹, algo más que razonable teniendo en cuenta las similitudes entre uno y otros. Es por eso por lo que sobre el concepto de urgencia en lo referente al juicio de constitucionalidad de decretos-leyes autonómicos el Tribunal Constitucional se ha mostrado bastante flexible y, aplicando análogamente lo dispuesto para el decreto-ley estatal, se ha referido a la aptitud para hacer frente a las “*perspectivas cambiantes de la vida actual*”⁵². El TC se ha mostrado deferente con los Ejecutivos, re-

⁴⁸ NÚÑEZ LOZANO, M.C. (2003).

⁴⁹ HERRÁIZ SERRANO, O. (2011).

⁵⁰ STC 93/2015, de 14 de mayo, FJ 3.

⁵¹ STC 104/2015, de 28 de mayo, FJ 4.

⁵² STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 4.

conociéndoles la facultad de emitir un “juicio puramente político”⁵³ a la hora de tomar la decisión de aprobar un decreto-ley, aunque pudiendo controlar los “supuestos de uso abusivo o arbitrario”⁵⁴. Lo que sí que resulta novedoso y diferenciador en el enjuiciamiento de la aprobación de un decreto-ley autonómico es el deber de introducir como parámetro de validez lo que en Italia fue motivo de rechazo de la legislación de urgencia en las regiones, nos referimos a la responsabilidad del Tribunal Constitucional de tomar en consideración el unicameralismo y la menor carga de trabajo legislativo para determinar la constitucionalidad de un concreto decreto-ley autonómico⁵⁵.

A razón de esto último, la decisión de un Ejecutivo autonómico de aprobar un decreto-ley debe de llevar aparejada realmente una sensibilidad especial, siendo consecuente con que verdaderamente existen causas de urgencia que implican la necesaria promulgación de aquel y no de una ley por el trámite de urgencia, siendo esto un parámetro para el Alto Tribunal del posible enjuiciamiento del decreto-ley autonómico, evitando así un abuso en el uso de esta figura normativa⁵⁶.

En definitiva, debe ser remarcado aquí que el control que se debería ejecutar por parte del Tribunal Constitucional debería ser aún más incisivo que el que se hace al decreto-ley estatal a razón del menor alcance de las competencias autonómicas y menor nivel de carga legislativa, además de por la agilidad que permite ser órgano unicameral⁵⁷.

V. ATC 177/2022, DE 19 DE DICIEMBRE, POSIBLE PRECEDENTE PARA EL CONTROL DE LOS DECRETOS-LEYES AUTONÓMICOS

Al hilo de lo recién comentado en el apartado anterior sobre la dificultad de acceso a la justicia constitucional por las minorías parlamentarias autonómicas debemos comentar una situación próxima en el tiempo en la actividad jurídico-parlamentaria en nuestro país que puede afectar al control jurisdiccional de los decretos-leyes autonómicos y a la relación entre Gobierno y minorías políticas.

A finales del año 2022, el Tribunal Constitucional tiene a bien admitir, a través del ATC 177/2022, de 19 de diciembre, un recurso de amparo interpuesto por una serie de diputados de la oposición frente a una decisión de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, en el que se alega violación del *ius in officium* de los representantes políticos (art 23.2 CE) y por extensión del derecho de represen-

⁵³ STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3.

⁵⁴ STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3.

⁵⁵ DONAIRE VILLA, F.J. (2012:132).

⁵⁶ CARMONA CONTRERAS, A. (2006).

⁵⁷ ARAGÓN REYES, M. “Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional”. *Madrid: RALJ-IUSTEL*.

tación política del que gozan los ciudadanos en su conjunto (art. 23.1 CE). En su argumentación, los recurrentes señalan que se ha cometido “*un fraude de ley con el fin de eludir las garantías necesarias que el ordenamiento jurídico establece para el procedimiento de tramitación legislativa*”. Asimismo, un punto de la línea argumental del Tribunal para la admisión del recurso, aunque a expensas de que éste emita sentencia en la fecha que se escriben estas líneas, lo consideramos extensible como vía de acceso al control del decreto-ley autonómico a razón de que las minorías parlamentarias pueden ver afectado su derecho a la efectiva representación política si son desplazadas de la tramitación legislativa por un eventual uso abusivo del decreto-ley autonómico, una figura que ya de por sí está tachada de dudas sobre su conveniencia en el sistema de fuentes autonómico precisamente entre otros motivos por las particularidades de la actividad parlamentaria autonómica. En la jurisprudencia del Alto Tribunal, ya se ha reconocido el debido respeto que merecen las minorías políticas para preservar el pluralismo político, valor superior de nuestro ordenamiento jurídico según el artículo 1.1 de nuestra Constitución⁵⁸.

¿En qué sentido podría servir de precedente este auto del Tribunal Constitucional para el ataque a los decretos leyes autonómicos por las minorías parlamentarias autonómicas? Pues bien, resulta obvio que no nos referimos a la capacidad de enmendar propuestas legislativas ni a la jurisprudencia del Tribunal en el ámbito de la conexión material de homogeneidad de las enmiendas que se emitan. Lo que se quiere plantear aquí es una reflexión obtenida de la lectura y análisis del ATC 177/2022 en lo referente a la posición de las minorías políticas en el contexto de los parlamentos autonómicos para hacer frente a la proliferación de la figura del decreto ley autonómico.

Más allá de la posible constitucionalidad o no de esta fuente y sobre todo más allá del debate sobre la necesidad de su inclusión en el contexto autonómico, pudiendo considerarse que se perdió la oportunidad de debatir más acerca de la figura del decreto ley autonómico y discutir uno de los posibles puntos negativos: la falta de legitimidad activa para interponer un recurso de inconstitucionalidad por parte de las minorías parlamentarias autonómicas, no incluidas ni en el artículo 162.1 CE ni en el art 32 LOTC, que hacen referencia vagamente a los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto. Es por eso por lo que nos ha parecido conveniente poner esta situación sobre la mesa y conectarla con el ATC 177/2022.

Los recurrentes en el caso tratado en el asunto del auto del cual venimos haciendo mención, alegan “*fraude de ley con el fin de eludir las garantías necesarias que el orde-*

⁵⁸ Además de en el comentado ATC 177/2022, de 19 de diciembre, puede verse en la STC 226/2016, de 22 de diciembre, FJ 5.

namiento jurídico establece para el procedimiento de tramitación legislativa, en el contexto de deriva actual de nuestro ordenamiento jurídico”. Consideramos que, la aprobación de un decreto ley autonómico se puede enmarcar perfectamente en la misma situación alegada, ya que es de sobra conocida y mencionada doctrinalmente la mengua en el debate político de un parlamento el abusivo recurso a legislar a través de normas con rango legal dictadas por el poder ejecutivo. Un trámite legislativo que, sin duda, deja fuera de lugar a las minorías parlamentarias, minimizando las opciones de debate. No debemos de olvidar que un Estado democrático debe ser un Estado inclusivo⁵⁹ y que para ello se antoja clave la participación de las minorías políticas en el debate en aras de legitimar la decisión final⁶⁰.

Y llegados a este punto debemos de aclarar que no se está haciendo alusión al ataque a los decretos leyes autonómicos a través del recurso de amparo parlamentario regulado en el artículo 42 LOTC, no es así porque hay un punto fundamental en la literalidad de dicho precepto y es que a través de él solo podrán ser recurridos decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional y un decreto-ley autonómico es un acto con valor de ley, por lo que queda excluido⁶¹. Además, ha venido siendo habitual por parte del Tribunal la inadmisión de recursos de amparo contra disposiciones o normas con valor de ley. Aunque también cabe decir que otro de los requisitos que se establecen para poner un recurso de amparo es la firmeza del acto impugnado, criterio que no se cumple expresamente en el caso del ATC 177/2022.

El Tribunal en el auto que nos concierne, en el fundamento jurídico 6, habla del “derecho de las minorías a participar en los procesos de formación de la ley, expresión, como se ha dicho, de la voluntad popular que ha de integrar, a través precisamente del procedimiento legislativo, la expresión del pluralismo político, elevado por el art. 1.1 CE a la categoría de «valor superior» de nuestro ordenamiento jurídico”, así como que “sin respeto a los derechos de las minorías políticas no hay modo de preservar el pluralismo propio del Estado democrático (STC 226/2016, de 22 de diciembre, Fj 5), propugnado por el art. 1.1 CE como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (STC 115/2019, Fj 3, citando las SSTC 86/1982, de 23 de diciembre; 99/1987, de 11 de junio; 20/1990, de 15 de febrero; 119/1990, de 21 de junio; 217/1992, de 1 de diciembre; 27/2018, de 5 de marzo, y 25/2019, de 25 de febrero)”.

⁵⁹ REQUEJO RODRÍGUEZ, P. “Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias”. *Barcelona: Ariel*. 2000.

⁶⁰ Así lo expresó el Tribunal en su STC 32/1985.

⁶¹ MORALES ARROYO, J.M. “El conflicto parlamentario ante el Tribunal Constitucional”. *Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 2008.

¿Podría esta argumentación ser conectada con la posición que ocupan las minorías parlamentarias autonómicas, que son sin duda minorías políticas, para tratar de defender su rol en el procedimiento legislativo, mermado por el abuso de la figura del decreto ley autonómico? Es gracias a esta argumentación del Tribunal acerca de las minorías políticas y de la importancia del pluralismo político en nuestro orden constitucional como surge la idea acerca de la necesidad de reflexionar sobre la posibilidad de intervención ante el exceso cuantitativo de la figura del decreto ley autonómico por parte de las minorías parlamentarias autonómicas, y no a través de fórmulas extrañas o inéditas de acceso a la justicia constitucional. Ciertamente es que las minorías parlamentarias autonómicas cuentan con la garantía política del trámite de tramitación parlamentaria para la convalidación o no del decreto ley, pero ¿qué hay al respecto de las garantías jurídicas, en forma de garantía jurisdiccional específicamente?

La realidad política de nuestro país nos ha demostrado por el momento que solo queda el auxilio de los legitimados en el contexto nacional, es decir Presidente del Gobierno o 50 diputados o senadores del mismo signo político (si es que los hay) que la minoría parlamentaria autonómica, más la posible alternativa del Defensor del Pueblo. Pero tal vez, en base a lo que se defiende en este ATC 177/2022 y en más jurisprudencia constitucional, así como en el cumplimiento del art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia de un sistema de recursos efectivo, podemos repensar en nuestro país posibles soluciones como el desarrollo adecuado de un estatuto de la oposición, ahondar en el sistema de recursos en los reglamentos parlamentarios o en la posible inclusión de legitimidad de las minorías parlamentarias autonómicas para recurrir normas de su CCAA con rango de ley, todo ello con vocación de que no se produzca un vaciamiento del poder de la institución parlamentaria con ausencia del control del gobierno⁶².

VI. CONSIDERACIONES FINALES

El decreto-ley ha sido concebido como el instrumento normativo fundamental de la dimensión intervencionista del Estado⁶³, convirtiéndose en un elemento clave para entender la dirección política dentro de la acción de gobierno. Es por este motivo y por el crecimiento del desarrollo competencial autonómico por lo que desde 2006 los estatutos de autonomía que han sido reformados han ido incluyendo esta fuente del Derecho.

⁶² RUIZ RUIZ, J.J. “El gran ausente: por un estatuto de la oposición política tras 40 años de Constitución”. *Revista de Derecho Político*, 1(101), 273–308, 2018.

⁶³ PORRAS NADALES, A. “Prólogo” en CARMONA CONTRERAS, A. *La configuración constitucional del decreto-ley*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

A la hora de adaptar el decreto-ley al ámbito autonómico, se ha optado por prácticamente emular el decreto-ley estatal, lo que lleva a haber reproducido las carencias de este último. Los distintos legisladores estatutarios podían haber corregido los defectos que ya se conocían del decreto-ley, se podría haber llevado a cabo una mayor limitación de las situaciones habilitantes, delimitar la esfera de actuación del Ejecutivo y establecer un ajustado control del decreto-ley. En definitiva, se ha dejado pasar la oportunidad de adaptar una figura normativa para que fuese incluso más eficaz e idónea para el campo de actuación para el que está diseñado, pudiendo evitar con carácter preventivo un uso abusivo del decreto-ley autonómico.

Aceptando como más que validos los argumentos favorables a la constitucionalidad de la figura normativa analizada, sí que nos plantea más dudas la necesidad de que los Ejecutivos autonómicos cuenten con esta facultad de emitir normas con rango de ley. No olvidemos que el hecho de que hayan empezado a ser incorporados años después del desarrollo del estado de autonomías y que no todas las comunidades cuenten con él, hace dudar más aún de su imprescindibilidad.

Pese a la consolidación de la constitucionalidad del decreto-ley autonómico, el uso tan normalizado con la tendencia a gobernar mediante este instrumento genera una pérdida de capacidad de legislar para las Asambleas autonómicas, por lo que antes de recurrir a él se debe de intentar acudir a las posibles alternativas legislativas que procedan en el ámbito autonómico que aseguren la división de poderes constitucional, debiendo ser esto parámetro de validez en el eventual enjuiciamiento de un decreto-ley autonómico.

El Tribunal Constitucional ha venido avalando la constitucionalidad del decreto-ley autonómico, pero debe en todo momento ejercer una incisiva labor fiscalizadora de la legislación de urgencia del Ejecutivo autonómico ya que de esta manera el decreto-ley autonómico también ganará en legitimidad. En especial, debe tener presentes las particularidades de la actividad parlamentaria y legislativa autonómica y la deficiencia que supone que las minorías parlamentarias autonómicas se hallen en una posición desfavorable para el control jurisdiccional del Ejecutivo, aunque a éstas, la argumentación presentada en el recurso de amparo admitido por el ATC 177/2022, de 19 de diciembre, les puede llegar a abrir una inédita vía de acceso a la justicia constitucional.

Asimismo, queda por ver si ante eventuales próximas reformas de los estatutos de autonomía que aún no han incorporado el decreto-ley en su catálogo de fuentes, se opta por introducirlo como han venido efectuando las comunidades autónomas que han venido reformando el propio o si se continúa sin contemplar esta legislación de urgencia allí donde la actividad legislativa, de momento, puede sobrevivir sin contar con el decreto-ley autonómico.

BIBLIOGRAFIA

ALZAGA VILLAMIL, O., “El derecho autonómico y su relación con el estatal (I)” en ALZAGA VILLAMIL, O. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Derecho político español según la Constitución de 1978. Tomo I. Constitución y fuentes del Derecho*, Séptima edición, Ed. Marcial Pons, 2021.

ARAGÓN REYES, M., “Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional”. *Madrid: RAIJ-IUSTEL*, 2016.

ARANA GARCÍA, E., “Uso y abuso del decreto ley”. *Revista de administración pública*, N° 191, 2013, pp. 337-365.

BALAGUER CALLEJÓN, F., “Las fuentes del Derecho en las Comunidades Autónomas”, p. 488 en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Manual de Derecho constitucional*, Vol. I, 16ª Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2021.

BAÑO LEÓN J.M. y BOIX PALOP, A., “El Estatuto valenciano en el marco de la reforma territorial”, en el vol. col. *De la reforma estatutaria*, LÓPEZ RAMÓN, F. (ed.), Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, VIII, 2005, pp. 243-280.

BOIX PALOP, A., “La inconstitucionalidad del decreto-ley autonómico”. *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n°. 27, 2012, pp. 121-148.

BRUFAO CUIEL, P., “Gobernar mediante decreto-ley en España: cuando la excepción se convierte en norma”. *Ars Boni et Aequi*, Vol. 14, N°. 2, 2018, pp. 53-86.

CARETTI, P. y TARLI BARBIERI, G., *Diritto Regionale*. Giappichelli. Torino. 2009.

CARMONA CONTRERAS, A., *La configuración constitucional del decreto-ley*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997.

CARMONA CONTRERAS, A., “La incorporación de la potestad gubernamental de urgencia a los nuevos estatutos de autonomía: consideraciones críticas”. *Revista Vasca de Administración Pública*, n°76, 2006.

COBREROS MENDAZONA, E., “Los decretos-leyes en el ordenamiento de la comunidad autónoma vasca”. *RVAP*, núm. 7, 1983.

CUBERO TRUYO, A., “La constitucionalidad o inconstitucionalidad de la creación de tributos autonómicos mediante decreto-ley”, en SANZ GÓMEZ, R.J. (coord.), *Tributos propios de las Comunidades Autónomas*. Tirant lo Blanch. 2017, pp. 373-397.

DE LA IGLESIA CHAMARRO, A., “Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del gobierno. en particular, los decretos-leyes nacionales y autonómicos”. *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*. Vol. 61, N°. 2, 2013, pp. 69-80.

DONAIRE VILLA, F. J. *Las normas con fuerza de ley de las comunidades autónomas: las figuras del decreto legislativo y del decreto-ley autonómicos*. Colecció Institut d’Estudis Autonòmics, 2012.

ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., “El decreto-ley autonómico: regulación y crítica”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm.10/2011. Editorial Aranzadi, S.A.U, 2011.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “Paralización legislativa y gobierno por decreto-ley”. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 21. 2021.

DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.CM21.0104>

GONZÁLEZ DE ZÁRATE LORENTE, R., “Consideraciones acerca de los decretos-leyes en el ámbito autonómico”. *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, N°. 25, 2011, pp. 45-94

GONZÁLEZ GARCÍA, I., “La trascendencia constitucional del deficiente control del decreto ley autonómico”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111, pp. 99-124, 2017

HERRÁIZ SERRANO, O., “Teoría y práctica del decreto-ley autonómico tras su incorporación al sistema de fuentes de algunas comunidades”. *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, N°. 25, 2011, pp. 105-161

MARCO MARCO, J. y PÉREZ-GABALDÓN, M., “Regulación y uso de los decretos-leyes en las comunidades autónomas: la silenciosa invasión del ejecutivo al legislativo”. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n° 25. 2023.

DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.CM23.0103>

MEDINA GUERRERO, M., “El estreno del decreto-ley como fuente del derecho autonómica”. *Revista Andaluza de Administración Pública*, (71-72), pp. 451-464. 2008.

MORALES ARROYO, J.M., “El conflicto parlamentario ante el Tribunal Constitucional”. *Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 2008.

MUÑOZ MACHADO, S., “El mito del Estatuto-Constitución y las reformas estatutarias”. *Informe de las Comunidades Autónomas (2004)*. Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2005, pp.731-753.

MUÑOZ MACHADO, S., “El ordenamiento jurídico andaluz”, en MUÑOZ MACHADO, S. Y REBOLLO PUIG, M. (DIRS.) *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Ed. Aranzadi, 2008, pp. 133-258.

NÚÑEZ LOZANO, M.C., “El decreto-ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad”. *Revista de Administración Pública*. Núm. 162. Septiembre-diciembre 2003, pp. 337-358.

PORRAS NADALES, A., “Prólogo” en CARMONA CONTRERAS, A. *La configuración constitucional del decreto-ley*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

REBOLLO PUIG, M., “El derecho propio de Andalucía y sus fuentes. Los decretos-leyes”, en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (DIRS.) *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, E. Aranzadi, 2008, pp. 167-197.

REQUEJO RODRÍGUEZ, P., “Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias”. *Barcelona: Ariel*. 2000.

RUIZ RUIZ, J. J., “El gran ausente: por un estatuto de la oposición política tras 40 años de Constitución”. *Revista de Derecho Político*, 1(101), 273-308, 2018.

SALAS, J., “Los decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español. en torno a la urgencia”. *Revista de Administración Pública*, N° 51, 1966, pp. 41-96.

SANZ GÓMEZ, R. Y SANZ GÓMEZ, S., “Análisis cuantitativo del uso del decreto ley en España (1979-2018)”. *Revista de Estudios Políticos*, 188, 127-158. 2020. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.188.05>

SEVILLA MERINO, T., “El Decreto-Ley en el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril)”. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, N°. 20, 2008, pp. 375-393.

TUR AUSINA, R., “A propósito de los decretos-leyes autonómicos, perspectivas y posibilidades”. *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, N°. 7, 1999, pp. 289-306.

VÁZQUEZ ALONSO, V., “El uso del decreto ley frente a “coyunturas económicas problemáticas” y por gobiernos en minoría”. *Revista Andaluza de Administración Pública*, n° 94, 2016, pp. 249-255.

Guardas rurales y vigilancia de caminos públicos rurales ¿Seguridad pública o privada?

Country Guards and surveillance of rural public roads ¿public or private security?

José Luis Fuentes Alcaide

Abogado del Estado Jefe en Jaén

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. COMPETENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD. III. CONCEPTO DE GUARDA RURAL. IV. CONCEPTO DE CAMINO PÚBLICO RURAL. V. TRES TESIS POSIBLES. VI. CONSIDERACIÓN FINAL.

RESUMEN: El presente artículo analiza la figura de los guardas rurales como vigilantes de caminos públicos rurales. Para ello, estudia las competencias en materia de seguridad, tanto pública como privada, con zonas de certeza e incertidumbre. Asimismo, se examina la evolución del concepto de guarda rural, desde su originaria concepción decimonónica hasta la actual. Particular referencia se hará al concepto de camino público rural, entendiendo por tales aquellos cuya conservación y vigilancia corresponde a los municipios. Finaliza abordando si la vigilancia de aquellos puede o debe ser desempeñada por servicios de seguridad pública o privada, con una consideración final respecto a la interpretación literal de la legislación de seguridad privada.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Pública. Seguridad Privada. Guarda Rural. Camino Público.

ABSTRACT: This paper analyzes the figure of country guards in the surveillance of rural public roads. To this end, it studies the competencies in security, both public and private, with areas of certainty and uncertainty. Likewise, the evolution of the concept of country guard is examined, from its original nineteenth-century conception to the present. Particular reference will be made to the concept of rural public road, understanding as such those whose conservation and surveillance correspond to the municipalities. It ends by addressing whether the surveillance of those can or should be carried out by public or private security services, with a final consideration regarding the literal interpretation of private security legislation.

Recibido: 31-01-2024

Aceptado: 19-04-2024

KEY WORDS: Public security. Private security. Country Guard. Public road.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto arrojar algo de luz acerca de una materia sobre la que la doctrina no se ha pronunciado, al menos no en desarrollo, como es la figura de los guardas rurales en general y, en particular, sobre sus labores de vigilancia de caminos públicos rurales. Para ello, será necesario partir de una materia más amplia y que engloba las funciones de vigilancia, la seguridad. Junto a este concepto de seguridad, resulta igualmente relevante el de orden público. Para algunos autores como IZU BELLOSO¹, el orden público se integraría dentro de la seguridad pública, mientras que para otros como REBOLLO PUIG², el orden público sería un concepto mayor que englobaría al de seguridad.

Sea como fuere, centrándonos en la seguridad, esta puede ser tanto pública como privada, de manera que resultará primordial analizar la dicotomía entre ambas, así como el reparto competencial existente debido a la peculiar organización territorial imperante en nuestro Estado de Derecho.

Una vez sentado lo anterior, encontraremos un claro elemento subjetivo, que sería la figura de la guardería rural, personalizada en los guardas rurales que, como veremos, ejercen fundamentalmente labores de vigilancia y conservación en el ámbito rural. Será necesario analizar su concepto tradicional y actual y comprobar si sus funciones pueden calificarse como de seguridad pública, seguridad privada o ambas.

A continuación, para acotar el contenido del artículo y así evitar divagaciones excesivas, deberá analizarse el elemento objetivo, es decir, qué es lo que va a ser objeto de guarda, que no es otra cosa que los caminos públicos rurales, de manera que ello nos obligará a reflexionar acerca del concepto de camino rural y qué Administración es la encargada de su vigilancia y conservación.

Establecidos estos elementos y términos, podremos dar una respuesta ajustada a la naturaleza jurídica de la guardería rural y a su configuración como vigilantes de caminos públicos rurales.

II. COMPETENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD

Como acabamos de exponer, hemos de comenzar realizando un análisis de la distribución de competencias que en nuestro ordenamiento rigen en materia de

¹ Vid. IZU BELLOSO, M.J., Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978. *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 58, 1988.

² Vid. REBOLLO PUIG, M., *Derecho Administrativo sancionador*. Lex Nova, Valladolid, 2010.

seguridad. Para ello, debe partirse necesariamente de lo dispuesto en la Constitución española. En particular, el art. 149.1.29 reserva al Estado la competencia exclusiva en la siguiente materia:

“29.ª Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica.”

Este título competencial puede parecer tajante en el sentido de no dejar resquicio competencial alguno a las Comunidades Autónomas, más allá de la posible creación de policías. Sin embargo, desde bien temprano el Tribunal Constitucional viene matizando esta competencia, de manera que, sin negar su carácter exclusivo, permita la intervención de las otras Administraciones territoriales. Así, resulta especialmente ilustrativa la STC 104/1989 de 8 junio (RTC 1989\104)³ en la que, con ocasión del planteamiento de un conflicto de competencias por parte del País Vasco contra el Real Decreto 1338/1984, de 4 de julio, sobre medidas de seguridad en entidades y establecimientos públicos y privados, el máximo intérprete de la Constitución señala en el fundamento jurídico cuarto la necesaria colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de seguridad pública.

Así las cosas, lo cierto y verdad es que la seguridad pública es una materia sobre la que, de facto, concurren el ejercicio de competencias por parte de las tres Administraciones territoriales en torno a las que se articula nuestro Estado de Derecho. Tal y como indica AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA⁴, el carácter pretendidamente excluyente de la intervención estatal en materia de seguridad pública no impide la actuación de las Comunidades Autónomas, como tampoco la de las Entidades Locales.

³ En la meritada sentencia, en el fundamento jurídico cuarto, el Tribunal Constitucional tras analizar si la competencia en materia de servicios policiales pudiera atraer hacia quien la ostenta cualquier otra competencia en garantía de la seguridad ciudadana, niega tal tesis concluyendo: “*Por lo demás, ni siquiera encuentra apoyo suficiente aquella interpretación extensiva de las competencias de la Comunidad Autónoma en los criterios de eficacia policial que se aducen en su favor. Es evidente que la seguridad pública, como resultado, depende de la correcta adopción de medidas preventivas y reactivas íntimamente relacionadas. Pero esta relación no implica necesariamente la unificación de todas las competencias sobre seguridad pública en un mismo ente -tesis que, elevada a categoría general, podría tener un efecto reductor de las autonomías territoriales-, sino que puede y debe establecerse en base a los instrumentos propios de la colaboración que implícita y recíprocamente impone la Constitución al Estado y a las Comunidades Autónomas en aquellas materias en que ejercen competencias compartidas -como, por ejemplo, el normal flujo de la información obtenida por las distintas administraciones- y, sobre todo, en base a las exigencias de coordinación y colaboración entre los servicios estatales y autonómicos que expresamente requieren en este punto el Estatuto Vasco y la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (RCL 1986\788), de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.*”

⁴ Vid. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., Las competencias estatales y autonómicas en materia de seguridad pública y privada. ¿Se opera algún cambio con el nuevo Estatuto para Cataluña? Revista catalana de seguridad pública, nº 17, 2006, págs. 61-81.

Ello queda meridianamente claro con una simple lectura de la Ley Orgánica a que hace referencia el precepto constitucional, que no es otra que la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LFFyCC). En efecto, en su preámbulo ya se indica que la seguridad pública constituye una competencia difícil de parcelar que se erige como un terreno de encuentro de las esferas de competencia de todas las Administraciones Públicas.

Más esclarecedor resulta aún su art. 1, que dispone:

“1. La Seguridad Pública es competencia exclusiva del Estado. Su mantenimiento corresponde al Gobierno de la Nación.

2. Las Comunidades Autónomas participarán en el mantenimiento de la Seguridad Pública en los términos que establezcan los respectivos Estatutos y en el marco de esta Ley.

3. Las Corporaciones Locales participarán en el mantenimiento de la seguridad pública en los términos establecidos en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y en el marco de esta Ley.

4. El mantenimiento de la Seguridad Pública se ejercerá por las distintas Administraciones Públicas a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”

De igual relevancia resulta el art. 2, que indica que son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no solo las del Estado, sino también los Cuerpos de Policía autonómicos y locales. Ambos preceptos resultan fundamentales ya que, por una parte, evidencian la participación de todas las Administraciones en el ámbito de la seguridad pública y, por otra, dejan entrever qué es la seguridad pública, que sería aquella que se presta por las Administraciones Públicas a través las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en contraposición, como veremos, a la seguridad privada, prestada por particulares y cuyo régimen jurídico dimana de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (LSP).

Dada la imposibilidad de analizar todos y cada uno de los ordenamientos autonómicos existentes en nuestro país, nos centraremos en el estudio de nuestra Comunidad Autónoma, Andalucía, a cuyo territorio pretende circunscribirse el presente artículo, sin perjuicio de que sus conclusiones puedan ser en cierto modo extensivas a otras autonomías. En consecuencia, descendiendo a la competencia en la materia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, atendiendo a su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del mismo, en su art. 65 se preveía la creación de un Cuerpo de Policía Andaluza. Ahora bien, a día de hoy la Policía de la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha configurado como una unidad del Cuerpo Nacional de Policía, adscrita a la comunidad y que depende orgánicamente del Ministerio del Interior y funcionalmente de la Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa.

Mayor relevancia presenta el art. 14.2 del anterior Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, que atribuía a la Comunidad Autónoma de Andalucía *“la coordinación de las policías locales andaluzas, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades municipales.”* Aunque este precepto ya no se encuentra vigente, al amparo del mismo se aprobó por el Parlamento andaluz la importante Ley 13/2001, de 11 de diciembre de Coordinación de Policías Locales. Dicha norma se ha encontrado en vigor durante más de 20 años y, como veremos, parecía dejar abierta la puerta a varias posibilidades de configuración de los servicios de guardería rural, suscitando numerosas dudas. Ahora bien, esta ley ha sido derogada recientemente por la Ley 6/2023, de 7 de julio, de Policías Locales de Andalucía, que parece haber alterado la situación existente con anterioridad. A ambas nos referiremos con detalle en otro momento.

Finalmente, debe hacerse una necesaria mención a las competencias de los municipios y es que, como muy bien señala REBOLLO PUIG⁵ *“la competencia estatal sobre seguridad pública o la que pueden tener las Comunidades Autónomas conforme al art. 149.1.29.ª CE nada dice ni excluye sobre la competencia municipal de policía local para proteger la seguridad pública”*. Tanto es así que la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), en su art. 25. 2 f) sienta como competencia propia de los municipios la relativa a *“policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios.”*

Sentado este margen competencial, como puede observarse, el mismo se ha referido a las competencias en materia de seguridad pública. Sin embargo, las características de la materia objeto de estudio, como anticipábamos, exigen que también nos refiramos a la seguridad privada.

A diferencia de lo que ocurría anteriormente, en el ámbito de la seguridad privada parece que el Estado sí ha asumido la competencia de forma exclusiva, al menos a la hora de determinar su régimen jurídico, cosa que se ha hecho, como decíamos anteriormente, por medio de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (LSP). Dicha ley se dicta al amparo del ya citado art. 149.1.29 de la Constitución, estableciendo una serie de controles e intervenciones administrativas que condicionan el ejercicio de las actividades de seguridad por los particulares.

En concreto, su art. 2 define la seguridad privada como *“el conjunto de actividades, servicios, funciones y medidas de seguridad adoptadas, de forma voluntaria u obligatoria, por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, realizadas o prestados por empresas de seguridad, despachos de detectives privados y personal de seguridad privada para hacer frente a actos deliberados o riesgos accidentales, o para realizar averiguaciones sobre personas y bienes, con la finalidad de*

⁵ Vid. REBOLLO PUIG, M., La policía local como título competencial. Revista Española de Derecho Administrativo núm. 182. 2017, págs. 81-107.

garantizar la seguridad de las personas, proteger su patrimonio y velar por el normal desarrollo de sus actividades”.

Estos servicios de seguridad privada pueden ser contratados no solo por personas físicas o jurídicas de carácter privado, sino también de carácter público, disponiéndolo así el art. 1 del mismo texto legal. Asimismo, su art. 41⁶ prevé la posibilidad de que el personal de seguridad privada pueda prestar servicios de vigilancia y protección en vías y espacios públicos o de uso común en determinados supuestos.

De estos preceptos y de los citados anteriormente podemos extraer como primera conclusión que la diferencia esencial entre la seguridad pública y la privada no sería tanto de carácter objetivo, su función, sino de carácter subjetivo, esto es, por quién se presta este servicio de seguridad.

En esta línea, resulta magistral la forma en que IZQUIERDO CARRASCO⁷ explica qué funciones son, deben o pueden ser asumidas por la seguridad pública y cuales por la seguridad privada. Para ello, emplea la doctrina alemana que tradicionalmente se ha utilizado para descomponer los conceptos jurídicos indeterminados, implementada en España por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ⁸, diferenciando entre una zona de certeza, o funciones que necesariamente deben ser asumidas por la seguridad pública; una zona de incertidumbre, en la que se permitiría la atribución indistinta a una u otra; y una zona de certeza negativa, que necesariamente debe corresponder a la seguridad privada.

Procederá analizar, en consecuencia, en el presente artículo si las funciones de guardería rural forman parte de esa zona de certeza, de incertidumbre o de certeza negativa, ya que ello nos permitirá resolver quién debe o puede asumir las mismas.

⁶ Art. 41.1 LSP: “1. Los servicios de vigilancia y protección referidos a las actividades contempladas en el artículo 5.1.a) se prestarán por vigilantes de seguridad o, en su caso, por guardas rurales, que desempeñarán sus funciones, con carácter general, en el interior de los edificios, de las instalaciones o propiedades a proteger. No obstante, podrán prestarse fuera de estos espacios sin necesidad de autorización previa, incluso en vías o espacios públicos o de uso común, en los siguientes supuestos: a) La vigilancia y protección sobre acciones de manipulación o utilización de bienes, maquinaria o equipos valiosos que hayan de tener lugar en las vías o espacios públicos o de uso común. b) La retirada y reposición de fondos en cajeros automáticos, así como la prestación de servicios de vigilancia y protección de los mismos durante las citadas operaciones, o en las de reparación de averías. c) Los desplazamientos al exterior de los inmuebles objeto de protección para la realización de actividades directamente relacionadas con las funciones de vigilancia y seguridad de dichos inmuebles. d) La vigilancia y protección de los medios de transporte y de sus infraestructuras. e) Los servicios de ronda o de vigilancia discontinua, consistentes en la visita intermitente y programada a los diferentes puestos de vigilancia establecidos o a los distintos lugares objeto de protección. f) La persecución de quienes sean sorprendidos en flagrante delito, en relación con las personas o bienes objeto de su vigilancia y protección. g) Las situaciones en que ello viniera exigido por razones humanitarias. h) Los servicios de vigilancia y protección a los que se refieren los apartados siguientes.”

⁷ Vid. IZQUIERDO CARRASCO, M., Aspectos del dilema seguridad pública – seguridad privada: Reparto de funciones. Colección Estudios de Seguridad. Fundación Policía Española. 2009. Pág. 28

⁸ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Civitas. 2022.

III. CONCEPTO DE GUARDA RURAL

Una vez analizado el marco competencial en materia de seguridad, resulta indispensable analizar el elemento subjetivo de este artículo, que vendría constituido por las funciones de la guardería rural y las personas que las desempeñan, los guardas rurales. Así, es esencial determinar qué debe entenderse por “guarda rural” y, en especial, si la guardería rural participaría del régimen de la seguridad pública, de la seguridad privada o de ambas, ya que una respuesta u otra determinará quién debe o puede desempeñar estas funciones.

Cabe partir de que ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico actual define qué es un guarda rural, qué funciones debe cumplir y mucho menos su régimen jurídico. Esto, no obstante, sí que existen precedentes históricos que venían a configurar a los guardas rurales como los antecesores de lo que hoy constituye la seguridad privada.

Siguiendo a PACHECO MARTÍN⁹, el origen de la Guardería Rural debe situarse en el Real Decreto de 8 de noviembre de 1849, que constituirá *“el arranque legislativo de la seguridad prestada por particulares en el siglo XIX, y da origen, tras adaptaciones muy importantes y significativas, tanto en sus funciones como en su régimen jurídico, a lo que hoy conocemos como seguridad privada”*.

En cuanto a esta normativa decimonónica, así como al concepto y funciones históricas, podemos encontrar cierta luz en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, en su sentencia de 19 de julio de 2016 (RJ 2016\3417)¹⁰ a la hora de resolver sobre la conformidad a derecho de una Ordenanza fiscal local que recogía la regulación de la tasa por prestación de servicios de guardería por parte del Ayuntamiento, por aplicación del art. 20.4 d) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL) señalaba:

⁹ Vid. PACHECO MARTÍN, P., Régimen Jurídico Administrativo de la Seguridad Privada en España. 2006. Pág. 58.

¹⁰ La referida sentencia deriva de un recurso de casación contra la sentencia de 2 de marzo de 2015 del TSJ de Castilla-La Mancha, que había desestimado el recurso deducido contra Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Luciana de 30-11-2012, por el que se aprobaba la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por servicio de guardería rural. La cuestión que esencialmente suscita conflicto es la necesidad de delimitar el contenido de la prestación del servicio municipal de guardería rural. En su fundamento jurídico tercero, el Alto Tribunal no comparte la tesis del Ayuntamiento de Luciana, lo que le lleva a estimar el recurso de casación, debido a la indefinición del hecho imponible y el desconocimiento al principio de reserva de ley en materia tributaria, afirmando: *“En opinión de esta Sala, desde las exigencias propias del principio de reserva de ley en materia tributaria, y en particular en lo que se refiere a la definición del hecho imponible, los ayuntamientos que decidan establecer esta tasa por guardería rural deben realizar el pequeño esfuerzo de definir clara y nitidamente en la correspondiente ordenanza fiscal el contenido de los servicios cuya prestación legitima su exacción.”*.

“...las funciones de guardería rural eran antaño ejercidas por las Hermandades de Labradores, posteriormente sustituidas por las cámaras agrarias locales, pero la Orden de la Presidencia del Gobierno de 23 de marzo de 1945, por la que se establecen las normas que ha de regir la estructura interna y funciones de las Hermandades Sindicales del Campo (BOE número 86, de 27 de marzo de 1945), que les encomendó tales funciones, tampoco definía la noción de guardería rural. Como indica el Ayuntamiento recurrido, hay que remontarse casi 167 años, hasta el Real Decreto de 8 de noviembre de 1849, por el que se aprobó el Reglamento para los guardas municipales y particulares del campo de todos los pueblos del reino (Gaceta de Madrid, número 5581, de 10 de noviembre de 1849), que describía la figura y las tareas del guarda municipal de campo, para barruntar cuáles sean las tareas propias de la guardería rural y olvidar que ese Real Decreto de 1849 fue derogado explícitamente por la disposición derogatoria única, apartado 1.d), del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada (BOE de 10 de enero de 1995).”

De esta manera, la guardería rural se configura inicialmente como un servicio de seguridad privada y de carácter eminentemente local. Si bien las funciones de guardería rural se han entendido atribuidas tradicionalmente a las Corporaciones locales, la LBRL no contiene referencia alguna a tal término y el mismo no viene definido en ninguna de las normativas de régimen local.

Esto, no obstante, sí que aparecen y aparecían en la LBRL determinadas competencias que necesariamente deben entenderse comprendidas dentro de la guardería rural, y a esta conclusión también llega la sentencia antes citada, también en el fundamento jurídico tercero, al afirmar:

“Si se abre algo el objetivo y acudimos a la legislación estatal que atribuye competencias a las entidades locales, la pesquisa tampoco resulta positiva. Nada hay en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local que permita definir el contenido de las tareas de "guardería rural", ni siquiera contiene esta noción, limitándose a aludir como de competencia municipal a la prestación de algunos servicios que eventualmente pudieran integrarla, en cuanto se refieran al ámbito rural, agropecuario y/o cinegético [prevención y extinción de incendios, limpieza viaria, si atañe a caminos rurales, etc. -vid. los artículos 25 y 26-]. Los reglamentos estatales que desarrollan la legislación de régimen local tampoco aclaran nada: ni siquiera contienen la noción de guardería rural.”

En particular, resultaba de especial relevancia la redacción originaria de la LBRL, que en su art. 25.2 d) determinaba que los municipios ejercerían competencias en materia de “conservación de caminos y vías rurales”. Pese a que este precepto ha sido modificado, su esencia se mantiene pues el Estatuto de Autonomía de Andalucía antes citado, en su art. 92.2 e) afirma que los Ayuntamientos tienen competencias propias sobre “conservación de vías públicas urbanas y rurales”.

La referencia a esta labor de conservación no es ociosa y es que si atendemos al término guarda, la Real Academia Española lo define de la siguiente manera:

“Persona que tiene a su cargo la conservación de algo.”

Así, puede deducirse fácilmente que una de las funciones esenciales, por no decir la primordial, que formaría parte de la guardería rural, sería la conservación del ámbito rural. En este término de conservación quisiéramos ahondar, ya que presenta una estrecha relación con la vigilancia. En efecto, acudiendo una vez más a la Real Academia Española, se define conservar como:

“Mantener o cuidar de la permanencia o integridad de algo o de alguien.”

Tal mantenimiento y cuidado de la integridad, en este caso del ámbito rural (con especial énfasis en las vías públicas rurales que como hemos dicho son el ámbito objetivo en el que este artículo quiere detenerse), solo puede hacerse mediante la vigilancia de los peligros que pueden acechar al mismo y la comprobación del estado en que se encuentra. Es por ello que la vigilancia formaría parte de esa competencia de conservación. Y esta vigilancia, en el ámbito municipal, correspondería a los policías locales o en los municipios donde no exista policía municipal, al personal que desempeñe funciones de custodia y vigilancia de bienes, servicios e instalaciones, tales como guardas, vigilantes, agentes, alguaciles o análogos (art. 51 LFFyCC), por disponerlo así el art. 53.1 h) LFFyCC:

“1. Los Cuerpos de Policía Local deberán ejercer las siguientes funciones:

h) Vigilar los espacios públicos y colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y con la Policía de las Comunidades Autónomas en la protección de las manifestaciones y el mantenimiento del orden en grandes concentraciones humanas, cuando sean requeridos para ello.”

Todo lo anterior nos permite concluir que el concepto de guarda rural, al menos tradicionalmente, se ha referido al personal que desempeña funciones de guardería rural, siendo su núcleo esencial la conservación y vigilancia del ámbito rural y que tal función, en el ámbito municipal, correspondería a policías locales o asimilados. Recordando que estos policías locales y asimilados tienen la consideración de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 2 LFFyCC), la guardería rural en el ámbito municipal habría evolucionado, pasando de ser un precedente de la seguridad privada para configurarse como parte de lo que hemos denominado anteriormente como seguridad pública.

Lo anterior traería como consecuencia necesaria que las personas que desempeñan las funciones de guardería rural debieran formar parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, es decir, en el caso de los municipios, policías locales y asimilados.

Esto, no obstante, frente a esta concepción clásica y de carácter eminentemente local, la Ley 5/2014, de 4 abril, de Seguridad Privada, de ámbito estatal, contiene

numerosas referencias a los guardas rurales que, aunque sin definir ni desarrollar su régimen jurídico, parecen volver a integrarla en su ámbito, afirmando en su art. 34:

“Los guardas rurales ejercerán funciones de vigilancia y protección de personas y bienes en fincas rústicas, así como en las instalaciones agrícolas, industriales o comerciales que se encuentren en ellas.”

De esta manera, la citada ley se refiere a ellos como personal de seguridad privada que presta servicios de vigilancia y protección, los cuales pueden desarrollarse incluso en vías o espacios públicos (art. 41.1 LSP antes citado). Dentro de estas vías y espacios públicos podrían encontrarse los de carácter rural y ello abriría la puerta a que la conservación y vigilancia del ámbito rural a la que nos referíamos anteriormente pudiera ser encomendada a personal de seguridad privada. Ello supone una importante innovación respecto a la regulación anterior, constituida, en esencia, por el Reglamento de Seguridad Privada (RD 2364/1994, de 9 de diciembre) que fue derogado en todo aquello que no contraviniese a la LSP, de acuerdo con la disposición derogatoria única de esta última. En primer lugar, porque dicho reglamento ni siquiera hablaba de guardas rurales, refiriéndose tan solo a guardas particulares de campo. Y, en segundo lugar y más importante, porque preveía su actuación en exclusiva en fincas rústicas, fincas de caza, establecimientos de acuicultura y zonas marítimas protegidas con fines pesqueros (art. 92)¹¹, es decir, sin contener mención alguna a su posible intervención en vías y espacios públicos.

Corolario de lo anterior, la LSP parece introducir un nuevo régimen que pudiera hacer posible que la guardería rural pueda configurarse como un servicio de seguridad privada, atendiendo al concepto antes reseñado, por poder ser desempeñada por personal de seguridad privada, entre el que se encontrarían los guardas rurales. Todo ello nos lleva a concluir que pudiera existir un conflicto entre un concepto tradicional de guarda rural y otro más actual, y que vendría determinado por esa dicotomía de la que hablábamos entre seguridad pública y privada, la cual trataremos de resolver no sin antes definir el elemento objetivo de este artículo.

IV. CONCEPTO DE CAMINO PÚBLICO RURAL

Una vez analizadas las funciones de la guardería rural, la figura de quiénes deben desempeñarlas y su posible configuración como seguridad pública o privada, hemos de acotar los términos del artículo atendiendo a su elemento objetivo, es decir,

¹¹ Art. 92 del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada: *“Los guardas particulares del campo, en sus distintas modalidades, ejercerán las funciones de vigilancia y protección de la propiedad: a) En las fincas rústicas. b) En las fincas de caza, en cuanto a los distintos aspectos del régimen cinegético. c) En los establecimientos de acuicultura y zonas marítimas protegidas con fines pesqueros.”*

qué es lo que va a ser objeto de guarda. Y este objeto no es otro que aquel que configura el núcleo esencial de la función de guardería rural, esto es, los caminos rurales, en general y, en particular, los pertenecientes a los municipios. Ello hace necesario determinar primeramente qué debe entenderse por camino rural.

De forma ciertamente similar a lo que ocurría con el término de guarda rural, nuestro ordenamiento jurídico no nos ofrece, con carácter general, un concepto claro sobre camino rural. En la doctrina, podemos encontrar alguna referencia en DOMENECH SIBINA¹², que se refiere a caminos como sustantivo que se contrapone a carreteras y vías rurales como contraposición a vías urbanas, para acabar identificando los caminos con vías rurales.

En cualquier caso, puede realizarse una primera aproximación partiendo de las disposiciones del Código Civil, que, si bien no definen lo que es un camino, y menos aún un camino rural, sí que nos ofrecen notas características sobre aquellos que pertenecen a los municipios. Así, el art. 344 del Código Civil, al referirse a los bienes de los pueblos y provincias, después de establecer en el precepto anterior que los mismos pueden ser de uso público y patrimoniales, señala:

“Son bienes de uso público, en las provincias y los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o provincias.”

En esta misma línea, el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, reitera los postulados del Código Civil, yendo un poco más allá haciendo una referencia a su conservación y policía. Así, dispone en su art. 3.1:

“Son bienes de uso público local los caminos, plazas, calles, paseos, parques, aguas de fuentes y estanques, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia de la Entidad local.”

Como puede observarse, en ambos casos se habla de bienes de dominio público, cuyas características fundamentales son la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, de conformidad con el art. 132 de nuestra Carta Magna y art. 6 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Vistas tales notas, pese a que, como decíamos, a nivel estatal, no es posible encontrar un concepto nítido de camino rural, más suerte tenemos si atendemos a la legislación autonómica, pero en este caso no a la andaluza sino a la extremeña. Y

¹² Vid. DOMENECH SIBINA, T., Las ordenanzas de conservación y policía de los caminos municipales de uso público (I). Cuadernos de Derecho local n° 2, junio 2003, pág. 184.

ello debido a que la Comunidad Autónoma de Extremadura ha venido desarrollando una intensa labor legislativa en la materia. Buena prueba de ello sería la hoy derogada Ley 12/2001, de 15 de noviembre, de Caminos Públicos de Extremadura, cuyo contenido ahora reproduce la Ley 6/2015, de 24 de marzo, Agraria de Extremadura.

Esta última, en su art. 170 sí que contiene una definición precisa de los caminos rurales, indicando:

“Los caminos rurales son las vías públicas de comunicación terrestre de dominio y uso público que cubran las necesidades de acceso generadas en las áreas rurales, bien dando servicio a núcleos de población o a los predios agrícolas o forestales, incluyendo en su concepto la plataforma, el material del firme, las cunetas, las obras de fábrica, los desmontes, los terraplenes y las obras e instalaciones auxiliares que como tal se cataloguen (fuentes, abrevaderos, muros de piedra, descansaderos, etc., así como otros elementos de interés histórico y etnográficos; siempre que estos no resulten de propiedad privada) y que, por no reunir las características técnicas y requisitos para el tráfico general de vehículos automóviles, no puedan clasificarse como carreteras.”

Sin embargo, no debe olvidarse que las leyes autonómicas están circunscritas a un determinado ámbito territorial y, si bien esta definición puede servirnos de inspiración, sería necesario comprobar si podemos encontrar un concepto similar en la legislación andaluza, que es la Comunidad Autónoma en la que, como hemos dicho, queremos centrar nuestro esfuerzo.

Pues bien, la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía no contiene referencia alguna a los caminos, ni públicos ni privados, y a día de hoy no existe ninguna ley de caminos rurales de Andalucía. No obstante, sí que existe legislación autonómica que puede arrojar algo de claridad sobre este concepto. Procede traer a colación, en este sentido, la Ley 8/2001, de 12 de julio, de Carreteras de Andalucía, que tras definir en su art. 8, las carreteras como *“vías de dominio y uso público, proyectadas y construidas, fundamentalmente, para la circulación de vehículos automóviles”*, deja claro, a continuación, en su apartado 2, letra a), que no tendrán la consideración de carreteras los *“caminos agrícolas y los caminos forestales.”*

A pesar de que no habla expresamente de camino rural, este término de camino agrícola resulta de gran relevancia por la semejanza que pudiera presentar con aquel. En particular, el anexo de la ley contiene una serie de definiciones y entre ellas se encuentra la de camino agrícola, afirmando que es una *“vía de servicio destinada, fundamentalmente, para acceso a fincas rústicas, y cuyo tráfico predominante es de tractores y maquinaria agrícola.”* Con ello podemos extraer un concepto de camino rural (o agrícola) muy similar al que ofrecía la ley extremeña, lo que unido a las notas que resultan del Código Civil, nos permite concluir que los caminos rurales municipales serían aquellas vías de dominio público cuya titularidad corresponde a los municipios y que

prestan servicio al ámbito rural, como el acceso a fincas rústicas, sin tener la condición de carreteras.

Asimismo, resulta notable recordar que las competencias para la guarda de estos caminos, entendiéndose como conservación y vigilancia, corresponden a los municipios, de acuerdo no solo con la redacción anterior del art. 25. 2 d) LBRL, sino con el art. 92 del Estatuto de Autonomía de Andalucía antes citado.

V. TRES TESIS POSIBLES

Definidos ya los términos sobre los que versa este artículo, podemos proceder a tratar de resolver la controversia que ya esbozamos al tratar el concepto de los guardas rurales y que sería la configuración de este servicio como de seguridad pública o seguridad privada. A la luz de la legislación que ya expusimos se abren tres tesis posibles que pasamos a exponer:

1. Primera tesis. La guardería rural debe configurarse como un servicio de seguridad pública

Conforme a esta primera tesis, los servicios de guardería rural deberían configurarse como seguridad pública y, en consecuencia, sus labores deberían ser desempeñadas por Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, lo que trasladado al ámbito municipal implicaría que fueran desarrolladas por miembros de la policía local o asimilados. La guardería rural formaría parte de esa zona de certeza de la que hablábamos al comienzo de este artículo¹³.

Sustenta esta tesis que lo que va a ser objeto de guarda son caminos rurales municipales, que atendiendo a la definición antes ofrecida se constituyen como vías públicas cuya conservación corresponde a los municipios. Y es que el ya citado art. 53.1 h) LFFyCC establece precisamente que es función de los policías locales la vigilancia de los espacios públicos.

Dentro de esta tesis conviene diferenciar aquellos municipios en los que no existe Cuerpo de Policía Local, de aquellos en los que sí existe. Para ello, además, hay que analizar cómo se encontraba la situación con la hoy extinta Ley 13/2001, de 11 de diciembre, y ver hacia dónde ha evolucionado la actual Ley 6/2023, de 7 de julio.

Con la regulación anterior, en los municipios en los que no había Cuerpo de Policía Local, los vigilantes de seguridad o equivalentes debían ser funcionarios de carrera. Sin embargo, en aquellos en los que sí existía policía local, los vigilantes y asemejados no tenían por qué ser funcionarios, pero no ostentaban la condición de

¹³ IZQUIERDO CARRASCO, M. (2009:28).

agente de la autoridad. A esta conclusión se llega atendiendo al art. 6 de la andaluza Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de Policías Locales, al señalar:

“1. De conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en los municipios donde no exista Cuerpo de la Policía Local, las funciones atribuidas a sus miembros serán ejercidas por el personal que desempeñe funciones de custodia y vigilancia de bienes, servicios e instalaciones, con la denominación de vigilantes municipales, a cuyo personal se extenderá la competencia de coordinación. A tal efecto, los vigilantes municipales, que deberán ser funcionarios de carrera, recibirán cursos de formación adaptados a las características de sus funciones en la Escuela de Seguridad Pública de Andalucía y en las Escuelas Mancomunadas, Municipales y Concertadas de Policía Local.

2. En los municipios donde exista Cuerpo de Policía Local, el personal que realice funciones de custodia y vigilancia de bienes, servicios e instalaciones, con la denominación de guardas, vigilantes, agentes, alguaciles o análogos, no tendrá la condición de agente de la autoridad.”

La ausencia de referencia a funcionarios de carrera en el segundo apartado dejaba claro que esta exigencia solo era para los municipios en los que no exista Cuerpo de Policía Local, de manera que en el resto de municipios nada impediría que los guardas rurales pudieran ser contratados como personal laboral.

Este régimen, sin embargo, se ha visto alterado o, más concretamente, está vía de ello, en la actualidad, ya que el art. 27 de la actual Ley 6/2023, de 7 de julio, afirma que *“los cuerpos de la Policía Local estarán integrados solamente por personal funcionario de carrera de los municipios respectivos, quedando prohibida cualquiera otra relación de prestación de servicios con la Administración y, en particular, las contrataciones de naturaleza laboral o administrativa.”* Particularmente relevante es asimismo la Disposición Adicional Segunda de dicha ley, que indica que el personal vigilante municipal a que se refería el art. 6.1 de la anterior ley, que hemos transcrito arriba, tendrá la consideración a extinguir a la entrada en vigor de la ley.

Para ello prevé que los municipios que creen un Cuerpo de Policía Local integren mediante promoción interna, a través de un concurso-oposición, a sus vigilantes municipales que aspiren a la categoría de policía. Ahora bien, aquellos que no lo superen podrán seguir ocupando plaza con la consideración de personal vigilante municipal a extinguir. De esta manera, no cabe duda que la intención del legislador andaluz es que progresivamente desaparezca la figura de vigilante municipal funcionario de carrera y que pase a formar parte del Cuerpo de Policía Local que, en su caso, se llegue a crear.

Ahora bien, la ley no resuelve dos dudas fundamentales que se plantean. La primera es qué ocurre con los vigilantes municipales funcionarios de carrera de los municipios en los que no exista Cuerpo de Policía Local si esta nunca llega a crearse.

Tales vigilantes tienen la consideración a extinguir, pero una vez que esto suceda, ¿quién realizará las funciones de vigilancia si carecen de un Cuerpo de Policía Local? Ello, teniendo, en cuenta que el art. 10 de la Ley solo prevé la existencia de Cuerpos de Policía Local en municipios de población igual o superior a cinco mil habitantes, salvo que aquellos con población inferior puedan obtener la autorización de la Consejería competente.

La segunda duda que se plantea, o más bien, remanece, es a la que se refería el art. 6.2 de la anterior ley y que exponíamos antes, esto es, si en los municipios en los que haya Cuerpo de Policía Local puedan seguir existiendo guardas rurales que sean contratados como personal laboral, ya que el nuevo texto legal únicamente hace referencia a los vigilantes municipales funcionarios de carrera, declarándolos a extinguir, pero no contiene regulación alguna relativa a esta figura, ya que el art. 27 citado solo indicaba que debían ser funcionarios de carrera los policías locales, pero en este caso no nos estamos refiriendo a estos, sino a los guardas o vigilantes rurales, que no tendrían la condición de agente de la autoridad.

Si bien, la disposición derogatoria de la Ley 6/2023, realiza una derogación expresa de la anterior, el principio de conservación de las normas hace pensar que, en la medida en que la nueva ley no regula esta situación, seguiría siendo posible la existencia de guardas rurales contratados como personal laboral en los municipios en los que exista Cuerpo de Policía Local. En cualquier caso, ya sea como personal funcionario en exclusiva o, en su caso, como personal laboral, lo expuesto nos lleva a afirmar que esta primera tesis que hemos plasmado mantiene toda su virtualidad con la vigente ley de Policías Locales de Andalucía.

2. Segunda tesis. La guardería rural debe configurarse como un servicio de seguridad privada

Esta segunda tesis partiría de asumir que el concepto clásico de guarda rural se habría visto superado por la regulación contenida en la LSP de 2014, que permitiría que tanto personas físicas como jurídicas, públicas como privadas, pudieran contratar los servicios de seguridad privada (art. 1), formando parte de la zona de certeza negativa.

Dicha ley prevé en su art. 5.1 a) como actividades de seguridad privada *la vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto público como privados, así como de las personas que pudieran encontrarse en los mismos*. Dentro de estos servicios de seguridad privada, en lo que concierne en particular a los guardas rurales, se encontraría la vigilancia de los caminos rurales como vías públicas de uso común, ya que el art. 41.1 e) ya citado dispone:

1. Los servicios de vigilancia y protección referidos a las actividades contempladas en el artículo 5.1.a) se prestarán por vigilantes de seguridad o, en su caso, por guardas rurales, que

desempeñarán sus funciones, con carácter general, en el interior de los edificios, de las instalaciones o propiedades a proteger. No obstante, podrán prestarse fuera de estos espacios sin necesidad de autorización previa, incluso en vías o espacios públicos o de uso común, en los siguientes supuestos:

e) Los servicios de ronda o de vigilancia discontinua, consistentes en la visita intermitente y programada a los diferentes puestos de vigilancia establecidos o a los distintos lugares objeto de protección.”

Ahora bien, ya decíamos que el Estado había realizado una intensa intervención administrativa en la actividad de seguridad privada, de manera que estos servicios únicamente podrían prestarse por guardas rurales debidamente certificados por centros habilitados a tal efecto (art. 29 LSP) y que sobre los mismos se ejercería un control por parte de la Guardia Civil (art. 12.2 b) LSP). Asimismo, conforme al art. 38 LSP, estos guardas rurales podrían *desarrollar sus funciones sin necesidad de constituir o estar integrados en empresas de seguridad, prestando sus servicios directamente a los titulares de bienes y derechos que les puedan contratar, conforme a lo que se establezca reglamentariamente, cuando se trate de servicios de vigilancia y protección de explotaciones agrícolas, fincas de caza, en cuanto a los distintos aspectos del régimen cinegético, y zonas marítimas protegidas con fines pesqueros.*

De la lectura conjunta de todos estos preceptos resultaría, que los guardas rurales serían personal de seguridad privada que, por tanto, pueden ser contratados por personas jurídicas –públicas y privadas- (entre ellos los municipios) y por personas físicas para el desempeño de las funciones que le son propias, pero que deben estar previamente habilitados, por exigirlo así el art. 27 LSP¹⁴. La figura actual del guarda rural se apartaría de sus precedentes históricos, como los guardas particulares y municipales del campo, caracterizándose ahora sin lugar a dudas por ser un servicio de seguridad privada, y no pública, y por requerir habilitación por parte del Estado para el desempeño de funciones.

Acoger esta tesis supondría entender que las Corporaciones locales no pueden integrar en sus plantillas, ni como personal funcionario, ni como personal laboral a los guardas rurales, en cuanto éstos son caracterizados por una ley estatal como personal de seguridad privada, y en cuanto dicha ley exige la intervención de la Administración General del Estado para que éstos puedan desempeñar sus funciones.

¹⁴ Art. 27 LSP: “1. Para el ejercicio de las funciones de seguridad privada, el personal al que se refiere el artículo anterior habrá de obtener previamente la correspondiente habilitación del Ministerio del Interior, en los términos que reglamentariamente se determinen. 2. A quienes soliciten la habilitación, previa comprobación de que reúnen los requisitos necesarios, se les expedirá la tarjeta de identidad profesional, que incluirá todas las habilitaciones de las que el titular disponga. La tarjeta de identidad profesional constituirá el documento público de acreditación del personal de seguridad privada mientras se encuentra en el ejercicio de sus funciones profesionales. 3. La habilitación de todo el personal de seguridad privada corresponderá a la Dirección General de la Policía, excepto la de los guardas rurales y sus especialidades que corresponderá a la Dirección General de la Guardia Civil. 4. El personal de seguridad privada ejercerá exclusivamente las funciones para las que se encuentre habilitado. 5. Reglamentariamente se determinará el régimen de incompatibilidades para el ejercicio de funciones de seguridad privada.”

3. Tercera tesis. La guardería rural puede configurarse como un servicio de seguridad pública o privada

La última de la tesis partiría asumir la coexistencia y convivencia pacífica entre el concepto clásico y el actual de guarda rural, de manera que estas funciones podrían ser desempeñadas o bien por policías locales y asimilados, configurándose como seguridad pública, o bien por medio de guardas que sean personal de seguridad privada, constituyendo así una zona de incertidumbre. Así, las Corporaciones Locales podrían optar por escoger una u otra fórmula según sus características, necesidades, circunstancias, etc.

Esta pudiera ser la tesis más acertada, teniendo en cuenta que la propia LSP, en su art. 41.3 d) prevé la colaboración en las labores de vigilancia entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el personal de seguridad privada, indicando:

“Cuando así se decida por el órgano competente, y cumpliendo estrictamente las órdenes e instrucciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, podrán prestarse los siguientes servicios de vigilancia y protección:

d) La participación en la prestación de servicios encomendados a la seguridad pública, complementando la acción policial. La prestación de estos servicios también podrá realizarse por guardas rurales.”

Y ello debido a que, si aceptásemos la primera tesis, estaríamos obviando los postulados de la LSP que resultan muy claros al respecto en el sentido de permitir que la vigilancia de las vías públicas pueda realizarse a través de personal de seguridad privada. Por el contrario, la admisión de la segunda tesis supondría asumir que una ley estatal habría penetrado en las competencias municipales privando a estos de la posibilidad de crear plazas, ya sean de funcionario o de personal laboral, de guardas rurales, lo que supondría un importante atentado contra la autonomía local. De esta manera, se barrunta que esta última tesis conciliadora podría ser la más adecuada, que permite conjugar en armonía toda la legislación existente, permitiendo que sean los municipios los que decidan si la guarda rural de sus caminos se encomienda a funcionarios o personal laboral, como seguridad pública, o a seguridad privada, a través del personal correspondiente.

Y decimos conciliadora porque en la práctica no existe un criterio común por parte de las Corporaciones Locales a la hora de encomendar los servicios de guardería rural, prestándolo algunos como seguridad pública, convocando plazas de funcionario o personal laboral, y otros como seguridad privada, contratando a guardas que desempeñen tales funciones. Esta divergencia se puede comprobar fácilmente haciendo una búsqueda en las plataformas de contratación y tableros de los Ayuntamientos.

Ahora bien, esta última tesis, así como, en buena medida, la segunda, podrían encontrar un obstáculo que pudiera entorpecer su aplicación o al menos ponerla en duda. Y es que el art. 41 LSP parece limitar las funciones de los guardas rurales, con carácter general, al interior de edificios, instalaciones o propiedades, mientras que el precepto en que pudiera fundarse su labor como vigilantes de caminos públicos, (art. 41.1 e) ya citado) parece configurarse como una excepción. De interpretar literalmente este precepto, deberíamos entender que la vigilancia de los caminos rurales solo podría ser excepcionalmente encomendada a personal de seguridad privada, acotándose a solo a lo establecido en el art. 41.1 e) LSP, esto es, la ronda o vigilancia discontinua consistentes en la visita intermitente y programada a los diferentes puestos de vigilancia establecidos o a los distintos lugares objeto de protección.

Consecuencia de lo anterior, sería la primera tesis expuesta la que habría que asumir, al menos con carácter general.

VI. CONSIDERACIÓN FINAL

No obstante, lo reseñado hasta este punto, desconoce este autor si la redacción de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, que acabamos de comentar se debe una voluntad deliberada del legislador de impedir que los guardas rurales encargados de la vigilancia de caminos públicos puedan ser personal de seguridad privada o si, por el contrario, ello derivaría de realizar una interpretación restrictiva de la ley no pretendida por el legislador. Es por ello, que tal vez sería necesaria mayor precisión en la redacción de dicho precepto para despejar cualquier género de dudas, permitiendo así que la guarda de los caminos rurales pueda ser realizada por seguridad privada o, contrariamente, cercenando esta posibilidad.

En cualquier caso, mi parecer se mostraría más favorable a admitir ambas posibilidades, no solo porque como ya se ha dicho, permitiría conciliar un escenario heterogéneo en el que, de facto, ya se está empleado personal de seguridad privada para la vigilancia de los caminos rurales por parte de multitud de Ayuntamientos, sino porque además, no se encuentran, a priori, diferencias ni relevantes ni insalvables, entre la custodia de un camino público municipal y la de un edificio de uso público, siendo indiscutido que estos últimos son vigilados en su gran mayoría por empresas de seguridad privada a través de licitaciones públicas.

Asimismo, ello contribuiría a potenciar las potestades de los municipios, especialmente, los de pequeña dimensión en los que no existe Cuerpo de Policía Local o este resulta insuficiente, que podrían así decidir si la guarda de los caminos públicos se encomienda a funcionarios, personal laboral o seguridad privada, según los casos ya comentados, teniendo en cuenta, claro está, que solo tendrían la condición de autoridad si fueran funcionarios, con las implicaciones que ello conlleva.

BIBLIOGRAFÍA

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., Las competencias estatales y autonómicas en materia de seguridad pública y privada. ¿Se opera algún cambio con el nuevo Estatuto para Cataluña? *Revista catalana de seguridad pública*, nº 17, 2006, págs. 61-81.

DOMENECH SIBINA, T., Las ordenanzas de conservación y policía de los caminos municipales de uso público (I). *Cuadernos de Derecho local* nº 2, junio 2003, pág. 184.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Civitas. 2022.

IZQUIERDO CARRASCO, M., Aspectos del dilema seguridad pública – seguridad privada: Reparto de funciones. *Colección Estudios de Seguridad*. Fundación Policía Española. 2009. Pág. 28.

IZU BELLOSO, M.J., Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978. *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 58, 1988.

PACHECO MARTÍN, P., *Régimen Jurídico Administrativo de la Seguridad Privada en España*. 2006. Pág. 58.

REBOLLO PUIG, M., *Derecho Administrativo sancionador*. Lex Nova, Valladolid, 2010.

REBOLLO PUIG, M., La policía local como título competencial. *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 182. 2017, págs. 81-107.

La aplicación de prohibiciones de contratar derivadas de un incumplimiento del licitador o contratista en el ámbito de las administraciones públicas

The application of exclusions of public procurement resulting from a non-compliance proceedings from tenders or contractors in public administration

Consuelo Doncel Rodríguez

Doctorando en Derecho administrativo

Universidad de Sevilla

Secretaría General del Ayuntamiento de Lora del Río (Sevilla)

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. PROHIBICIONES DE CONTRATAR DERIVADAS DE UN INCUMPLIMIENTO DEL LICITADOR O CONTRATISTA. 1. Los supuestos de prohibición de contratar por incumplimiento del licitador o contratista. 2. Naturaleza y finalidad de las prohibiciones de contratar. 3. La imposibilidad de establecer nuevas prohibiciones de contratar en los pliegos de cláusulas administrativas. III. PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE PROHIBICIÓN DE CONTRATAR Y ÓRGANO COMPETENTE PARA LA TRAMITACIÓN. 1. La necesaria existencia de un procedimiento que declare la prohibición de contratar. 2. Plazo máximo para la iniciación del procedimiento de prohibición de contratar. 3. Trámites esenciales en el procedimiento de prohibiciones de contratar en las Administraciones Públicas. IV. ALCANCE, DURACIÓN MÁXIMA Y EFECTOS DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR. 1. El dolo o mala fe y la entidad del daño causado a los intereses públicos como elementos de determinación de las prohibiciones de contratar. 2. La motivación y el principio de proporcionalidad. 3. La formulación de criterios objetivos para la determinación del alcance y duración de las prohibiciones de contratar. 4. Buenas prácticas en la determinación de criterios de determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. 5. Efectos de la prohibición de contratar. V. EL ME-

Recibido: 12-11-2023

Aceptado: 19-04-2024

CANISMO DE AUTOCORRECCIÓN O “SELF-CLEANING” EN LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto el examen de las prohibiciones de contratar recogidas en el art. 71.2 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público y que son aquellas que derivan de incumplimientos de las obligaciones impuestas por dicha Ley y por los Pliegos que rigen la licitación, por parte de los licitadores o contratistas. Se trata de incumplimientos que con relativa frecuencia se dan en la contratación pública, por lo que resulta necesario concretar un procedimiento a seguir y las medidas a adoptar para evitar que puedan volver a contratar con la Administración Pública aquellos contratistas o licitadores incumplidores con ésta, evitando así perjuicios indeseados a los intereses generales en materia de contratación pública.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to examine the exclusion of public procurement contained in art. 71.2 of Public Sector Contracts Act 9/2017 and which are those that arise from non-compliance with the obligations imposed by the Law and by the Documents that govern the bidding, to the bidders or contractors. These are breaches that occur relatively frequently in public procurement, so it is necessary to specify a procedure to be followed and the measures to be adopted to prevent those contractors or bidders who do not comply with the Public Administration from being able to contract again with the latter, avoiding undesired damages to the general interests in matters of Public procurement.

PALABRAS CLAVE: Prohibición de contratar – Medidas de self-cleaning – Principio de proporcionalidad – Contratación pública

KEY WORDS: Exclusion of public procurement – Self-cleaning measures – Principle of proportionality – Public procurement

I. INTRODUCCIÓN

El art. 65 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) establece que sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obras, no estén incursas en alguna prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional.

De lo anterior se deduce que los licitadores, en el momento de contratar con cualquier Administración Pública no pueden estar incursos en ninguna de las prohibiciones de contratar que recoge la LCSP y que pueden definirse como un conjunto

de circunstancias de naturaleza heterogénea que impiden la celebración de contratos con el sector público porque se hayan planteado dudas sobre la honorabilidad del contratista o conflictos de interés que no permitan garantizar la objetividad o imparcialidad del contratista¹. En este sentido, para BERMEJO VERA² “*se identifican como los impedimentos, establecidos y previstos en las normas, que hacen jurídicamente inviable la participación de ciertas personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, en el sistema de la contratación pública*”.

Pues bien, estas prohibiciones de contratar se recogen de forma muy exhaustiva a lo largo del art. 71 LCSP, que a su vez las divide en dos clases: de una parte, aquellas en las que concurren determinadas circunstancias en los licitadores que les impiden contratar con la Administración, como por ejemplo, haber sido condenados mediante sentencia firme por determinados delitos o haber sido sancionados con carácter firme por infracción grave en materia profesional, entre otras; y de otra parte, aquellas en las que las prohibiciones de contratar derivan de una relación previa de los licitadores con la Administración que ha derivado en un incumplimiento de sus obligaciones por su condición de licitadores con éstas y entre las que se encuentran, por ejemplo, que el licitador retire indebidamente su oferta o que éste haya dejado de formalizar el contrato por causa imputable a él mismo.

En general, debemos señalar que en materia de prohibiciones de contratar, la LCSP no introdujo apenas novedades con respecto a la regulación anterior contenida en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, manteniéndose el esquema mencionado de dividir entre prohibiciones que afectan a todos los contratos que celebren las entidades del Sector Público y las que se refieren en exclusiva a una determinada Administración Pública³.

Pues bien, en el presente trabajo nos centraremos exclusivamente en las prohibiciones de contratar que se recogen en el apartado segundo del art. 71 y que van referidas a aquellos supuestos en los que los licitadores o contratistas han incumplido algunas de las obligaciones impuestas por la Ley o por los Pliegos que rigen el contrato. Precisamente, las Administraciones Públicas presentan una especial reticencia a la hora de tramitar los expedientes correspondientes porque tampoco les resulta sencillo identificar los supuestos, los efectos y el alcance derivado de estos incumplimientos.

¹ VVAA. *Guía de integridad en la contratación pública local*, Federación Española de Municipios y Provincias, 2019.

² BERMEJO VERA, “Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público”, en la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° Extra 10, 2008, p. 112.

³ CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJA, J.A., *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*, Boletín Oficial del Estado, 2018, p. 124.

Se trata, además, de incumplimientos que se producen con cierta frecuencia en el seno de la Administración Pública pero que no siempre son abordados por ésta con la contundencia que sería exigible, precisamente porque se deben adoptar medidas que no son fáciles ni de articular ni de exponer a los licitadores que contratan habitualmente con el sector público.

En definitiva, el objetivo del presente trabajo es tratar de esclarecer esta figura de la forma más práctica posible, al considerarse que puede facilitar a los órganos de contratación determinar si, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, deben acudir o no a esta figura que se recoge de forma exhaustiva en los arts. 71, 72 y 73 de la LCSP.

II. PROHIBICIONES DE CONTRATAR DERIVADAS DE UN INCUMPLIMIENTO DEL LICITADOR O CONTRATISTA

1. Los supuestos de prohibición de contratar por incumplimiento del licitador o contratista

En cuanto a los supuestos que son objeto de estudio en este trabajo, son aquellos en los que, a diferencia de lo que sucede en los supuestos contemplados en el art. 71.1 LCSP, que se refieren a prohibiciones de contratar derivadas de circunstancias de los propios licitadores, son supuestos en los que esta prohibición deriva de un incumplimiento del licitador con la Administración al no haber observado las obligaciones impuestas por la propia LCSP o los pliegos administrativos que regían la licitación a la que éstos concurren. Así, los supuestos que se recogen en el art. 71.2 LCSP, son los siguientes:

a) Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el art. 150.2 LCSP dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia. Dicho precepto se refiere a la obligación del licitador que ha presentado la mejor oferta, de presentar en el plazo de diez días hábiles la documentación justificativa relativa a la declaración responsable que se ajustará al documento europeo único de contratación (DEUC) y en su caso, la declaración responsable relativa a la información pertinente en caso de recurrir a la solvencia por medios externos (art. 140.1 LCSP), así como de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente.

b) Haber dejado de formalizar el contrato, que ha sido adjudicado a su favor, en los plazos previstos en el art. 153 LCSP por causa imputable al adjudicatario. Dicho precepto indica que “los contratos que celebren las Administraciones Públi-

cas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público”. Con carácter general, el plazo para la formalización del contrato deberá efectuarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquel en que se realice la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos, salvo que el contrato sea susceptible de recurso especial en materia de contratación, en cuyo caso, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos (art. 153.3 LCSP).

c) Haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo establecido por el art. 202 LCSP, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios. Así se recoge también en el art. 202.3 LCSP que viene a señalar que “cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71”.

d) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una entidad de las comprendidas en el artículo 3 de la LCSP. La prohibición alcanzará a las empresas cuyo contrato hubiere quedado resuelto por incumplimiento culpable del contratista de las obligaciones que los pliegos hubieren calificados como esenciales de acuerdo con lo previsto en el artículo 211.1.f) LCSP, esto es, el incumplimiento de la obligación principal del contrato.

En todo caso, se trata de prohibiciones que desempeñan una función disuasoria ante posibles incumplimientos, de tal forma que se articula como un medio de presión para lograr que el contratista atienda correctamente las obligaciones dimanantes del contrato y se asegure que éste cumple sus objetivos⁴.

2. Naturaleza y finalidad de las prohibiciones de contratar

Sobre la naturaleza de las prohibiciones de contratar, la propia LCSP guarda silencio. Sin embargo, de forma reiterada se ha venido indicando por la jurisprudencia que la determinación de que los licitadores se encuentre en prohibición de contratar no constituye ejercicio de una potestad sancionadora de la Administración.

⁴ MEDINA ARNÁIZ, T., *Las prohibiciones de contratar en el Derecho de la Unión Europea*, Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Burgos, 2015, p. 98.

Así, la STS 4606/2007, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:4606)⁵ ha indicado que la prohibición de contratar no tiene carácter sancionador⁶, si bien al ser un acto limitativo de derechos, deben aplicarse a estas prohibiciones ciertos principios y garantías propios del procedimiento sancionador⁷, tales como la motivación, la idoneidad y la proporcionalidad. Precisamente sobre la motivación y la proporcionalidad volveremos más adelante, por su importancia a la hora de determinar el alcance de las prohibiciones de contratar.

Respecto de la finalidad de las prohibiciones para contratar, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha venido reconociendo a éstas una finalidad preventiva consistente en *“evitar, en aras de la debida tutela de los intereses públicos, la relación con la Administración de quienes hayan demostrado poca seriedad en su actividad empresarial; y conduce a concluir que tal prevención está justificada ante cualquier práctica empresarial defectuosa o reprochable, bien haya sido intencional, bien negligente (STS de 18 de marzo de 2015)”* (Resolución del TACRC 1376/2021, de 15 de octubre).

En todo caso, las prohibiciones para contratar deben interpretarse restrictivamente y operan como *numerus clausus*, en los términos que examinaremos a continuación.

3. La imposibilidad de establecer nuevas prohibiciones de contratar en los pliegos de cláusulas administrativas

Una vez examinados los supuestos que prevé la Ley relativos a los incumplimientos de las obligaciones por parte de los contratistas y que pueden dar lugar al establecimiento de una prohibición de contratar, cabe plantearse si es posible que el órgano de contratación en los Pliegos de cláusulas administrativas de una licitación pueda establecer otras prohibiciones de contratar diferentes de las aquí examinadas o si por el contrario, no debe apartarse del tenor literal recogido en el art. 71 LCSP.

Para ello, en primer lugar, es necesario determinar si se trata de legislación básica en los términos previstos por el art. 149.1.18 CE cuando atribuye al Estado la competencia exclusiva de la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas.

⁵ En el mismo sentido, STS de 28 de marzo de 2006 y 11 de mayo de 2006.

⁶ En el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2006, la cual establece que *“las infracciones administrativas, para ser susceptibles de sanción o pena, deben ser típicas, es decir, previstas como tales por norma jurídica anterior, antijurídicas, esto es, lesivas de un bien jurídico previsto por el Ordenamiento, y culpable, atribuible a un autor a título de dolo o culpa, para asegurar en su valoración el equilibrio entre el interés público y la garantía de las personas, que es lo que constituye la clave del Estado de Derecho”*.

⁷ Vid. STC 61/1990, de 29 de marzo.

Para ello, ha venido señalando la jurisprudencia constitucional que, en materia de contratación pública, no resulta sencillo realizar esta delimitación, de tal forma que se trata de una operación completa que requiere la ponderación de diversos elementos. Así, viene a señalar que *“todos los preceptos (...) que tiendan directamente, en complemento necesario de la Ley de Contratos, a dotar de efectividad práctica a aquellos principios básicos de la contratación administrativa deben ser razonablemente considerados como normas básicas. Mientras que no lo serán aquellas otras prescripciones de detalle o de procedimiento que, sin merma de la eficacia de tales principios básicos, pudieran ser sustituidas por otras regulaciones asimismo complementarias o de detalle, elaboradas por las Comunidades Autónomas con competencia para ello”* (STC 141/1993, de 22 de abril (ECLI:ES:TC:1993:141).

Importante ponderación que realiza el Tribunal Supremo en su STS de 18 de septiembre de 1996, llegando a la conclusión, específicamente refiriéndose a las prohibiciones de contratar, que no procede establecer otras diferentes de las previstas en la Ley mediante normas con rango inferior a la Ley y mucho menos a través de Pliego de condiciones particulares, concluyendo que *“en materia de prohibiciones contractuales administrativas el monopolio de su establecimiento corresponde a quien pertenece el poder de dictar normas con rango formal de ley”*.

Este carácter básico se ha recogido en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 15/2016, de 20 de julio, haciendo referencia a la doctrina constitucional de las SSTC 141/1993 y 331/1993, señalando que *“la normativa básica en materia de contratación tiene principalmente por objeto proporcionar garantías de publicidad, libre concurrencia, igualdad y seguridad jurídica que aseguren a todos los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones públicas”*, del tal forma que *“estas reglas pueden considerarse materialmente básicas, pues constituyen el mínimo común uniforme que permite garantizar, de un lado, la igualdad de los licitadores y su tratamiento común ante las Administraciones”*, concluyendo que *“ni las Comunidades Autónomas ni mucho menos los Ayuntamientos tienen competencia para ampliar la lista de prohibiciones de contratar enumeradas en el artículo 60 TRLCSP”*⁸.

Un punto de vista similar nos aporta el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1289/2022, pero esta vez centrado en la quiebra del principio de igualdad *“pues determinados contratistas tendrían, por vía convencional, unos perjuicios (imposición de penalidades y/o resolución de los contratos en ejecución de los que sean adjudicatarios) adicionales a los ya muy gravosos efectos que, con carácter general, prevé la Ley (imposibilidad de contratar con el sector público durante el tiempo de declare la prohibición de contratar sobrevenidamente impuesta)”*.

⁸ Recogido también por la Resolución 792/2017, de 15 de septiembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

No podemos estar más de acuerdo con las conclusiones anteriormente expuestas, no solamente por su carácter básico como ha dejado claro el Tribunal Supremo, sino también porque supone una vulneración de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y la salvaguarda de la libre competencia que se recoge en el art. 1 LCSP, que derivaría en un tratamiento diferenciado e injusto entre ellos. Es clara, por tanto, la consecuencia de que no resulta posible que el órgano de contratación pueda establecer en sus Pliegos de condiciones prohibiciones de contratar distintas de las establecidas legalmente.

III. PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE PROHIBICIÓN DE CONTRATAR Y ÓRGANO COMPETENTE PARA LA TRAMITACIÓN

1. La necesaria existencia de un procedimiento que declare la prohibición de contratar

De conformidad con lo dispuesto por el art. 72.2 LCSP, las prohibiciones para contratar previstas en el art. 71.2 LCSP deben determinarse mediante procedimiento instruido al efecto. Esto significa que estas prohibiciones de contratar no pueden ser apreciadas directamente por el órgano de contratación, como sí sucede en la mayoría de los supuestos recogidos en el art. 71.1 LCSP.

Así se desprende también del art. 72.5 LCSP, al disponer que cuando sea necesaria una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, el alcance y duración de ésta se determinarán siguiendo el procedimiento que se establezca en las normas de desarrollo de la LCSP. Lo anterior debe llevarnos, por tanto, a la conclusión de que no es posible excluir a un licitador de un procedimiento de contratación aun cuando alguna de sus actuaciones precedentes relacionadas con el órgano de contratación que convoca la licitación pudieran tener encaje en los supuestos previstos en el art. 72.2 LCSP, cuando no se ha tramitado procedimiento alguno⁹.

Asimismo, como ha señalado el Tribunal Supremo, las prohibiciones de contratar, como toda limitación de derechos, no pueden ser ni indefinidas ni ilimitadas, pues ello sería contrario a los más elementales principios que rigen las medidas sancionadoras o restrictivas, entre ellos el principio de seguridad jurídica y el principio de proporcionalidad, en cuanto exigen que tanto el sancionado como terceros conozcan hasta donde alcanza la prohibición y, a su vez, se pueda cuestionar y revisar si la limitación establecida es adecuada y ajustada a la sanción impuesta y a los hechos en los que se funda, de tal forma que si se mantuviese que una prohibición

⁹ Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 193/2020, de 4 de junio.

de contratar era ejecutiva antes de delimitarse su alcance y duración, ello implicaría que pudiera aplicarse de forma indefinida y para todos los sectores, contraviniendo las propias previsiones legales y los principios inspiradores del derecho sancionador (STS 1115/2021, de 14 de septiembre, ECLI:ES:TS:2021:3366).

En base a lo anteriormente expuesto, la existencia de un procedimiento de prohibición de contratar es un elemento necesario para que ésta se pueda apreciar por parte de la entidad del sector público de que se trate. No debemos olvidar que será en este procedimiento donde se determine también el alcance y la duración de la misma, que son, como veremos, aspectos imprescindibles a la hora de configurar estas prohibiciones para contratar.

2. Plazo máximo para la iniciación del procedimiento de prohibición de contratar

El inicio del procedimiento de prohibiciones de contratar se encuentra sometido, de conformidad con el art. 72 LCSP, a un plazo máximo, de tal forma que si dicho plazo transcurre y no se ha iniciado este procedimiento, la Administración ya no podrá iniciarlo posteriormente. Se trata, además, de plazos diferenciados dependiendo del supuesto ante el que nos encontremos, por lo que a continuación, examinaremos este plazo máximo para cada uno de los cuatro supuestos que recoge el art. 71.2 LCSP.

Para el primer supuesto, esto es, haber retirado indebidamente la proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación o haber imposibilitado la adjudicación del contrato mediante dolo, culpa o negligencia, el plazo es de tres años desde la fecha en que se hubiese procedido a la adjudicación del contrato o que hubiese debido procederse a la adjudicación (art. 72.7.d) LCSP).

En el segundo supuesto, consistente en haber dejado de formalizar un contrato adjudicado a su favor por causa imputable al adjudicatario, el plazo es de tres meses desde que se produjo la adjudicación (art. 72.7, primer párrafo LCSP).

En el tercer supuesto, relativo a haber incumplido las cláusulas esenciales del contrato, incluyendo condiciones especiales de ejecución, el plazo es de tres años desde que la entidad contratante tuvo conocimiento del incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato (art. 72.7.e) LCSP).

Y en el cuarto y último supuesto relativo a resolución firme de cualquier contrato por causa imputable al contratista, el plazo es de tres años desde la fecha en que fuese firme la resolución del contrato.

Debemos detenernos brevemente en este último supuesto, a fin de determinar a qué se refiere el legislador cuando indica que la resolución deba ser firme, pues la

LCSP no indica si la firmeza va referida a la vía administrativa o la vía jurisdiccional. En un primer momento, la doctrina se había decantado por entender que debía ser firme en vía jurisdiccional, pero desde el año 2018, se ha indicado por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 15/2018, que la firmeza a la que se refiere la Ley es la firmeza en vía administrativa.

3. Trámites esenciales en el procedimiento de prohibiciones de contratar en las Administraciones Públicas

Si bien el art. 72.5 LCSP establece que el alcance y duración de las prohibiciones de contratar se determinarán siguiendo el procedimiento que se establezca en las normas de desarrollo de la LCSP, lo cierto es que ésta no ha sido objeto de desarrollo reglamentario, por lo que el procedimiento de prohibiciones de contratar sigue regulándose por las previsiones que ya contenía el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RLCAP).

En concreto, es el art. 19 del RLCAP el que recoge este procedimiento, limitándose a señalar que corresponde a los órganos de contratación la iniciación del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar en los supuestos en que los hechos que la motivan se pongan de manifiesto con ocasión de la tramitación de un expediente de contratación. Por tanto, la iniciación del procedimiento le corresponde al órgano de contratación que haya sufrido previamente el incumplimiento del licitador. Asimismo, deben incorporarse al expediente los informes de los servicios técnicos y jurídicos, cumpliéndose posteriormente el trámite de audiencia, remitiéndose el expediente al órgano competente para su resolución, que de conformidad con el art.72.3 LCSP, será igualmente el órgano de contratación.

Por lo tanto, y de acuerdo con el procedimiento recogido en el art. 19 RLCAP, la tramitación del expediente administrativo sería la siguiente:

En primer lugar, se procederá a la incoación del expediente de prohibición de contratar por el órgano de contratación que haya sufrido el incumplimiento del licitador.

Cabe plantearse qué sucede en aquellos casos en los que un mismo licitador o contratista haya incurrido en varios hechos susceptibles de prohibición de contratar en diferentes contratos o licitaciones. En estos casos, el legislador vincula cada prohibición de contratar con la ocasión de la tramitación de un expediente de contratación previo, por lo que cada prohibición de contratar deberá acordarse separadamente y vinculada a ese expediente previo, siempre en ambos casos por el mismo órgano de contratación. Lo que conlleva también, que los efectos y alcance de la prohibición

deberán ceñirse exclusivamente a los hechos de cada expediente de contratación valorados de forma autónoma e independiente.

Una vez incoado el expediente administrativo, deben incorporarse los informes jurídicos y técnicos. Respecto de la evacuación del informe jurídico, éste se emitirá por el órgano que tenga atribuido el asesoramiento legal. Si bien el informe jurídico no se exige en los arts. 71 a 73 LCSP, sí se impone en el RLCAP, por lo que cabe entender que en los expedientes de prohibición de contratar debe existir en todo caso este informe. En lo que respecta al informe técnico, que es, en nuestra opinión, el más importante, debe contener todos los elementos de juicio necesarios que permitan determinar el alcance y duración de la prohibición, pues de conformidad con lo establecido por el art. 19.4 RLCAP, éstos se determinarán atendiendo a la existencia de dolo o manifiesta mala fe del empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos. Hablaremos con mayor profundidad sobre esta cuestión en el apartado siguiente. En todo caso, estos informes deben ser considerados como preceptivos, pero no vinculantes, debiéndose emitir en el plazo de diez días hábiles [art. 80.1 y 2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP)].

Una vez emitidos los informes correspondientes, procede dar trámite de audiencia al interesado, no solamente porque así lo exija el art. 19.2 RLCAP, sino porque lo contempla expresamente el art.82.1 de la LPACAP, que establece que instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, y éstos en un plazo no inferior a diez ni superior a quince días hábiles, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes (art. 82.2 en relación con el art. 30.2 LPACAP).

Una vez finalizado el trámite de audiencia al interesado, se procederá a dictar resolución en los términos establecidos por el art. 88 LPACAP, de tal forma que deberá contener la decisión motivada sobre la procedencia de imponer o no la prohibición de contratar, en cuyo caso podrá contener la aceptación de los informes que sirvan de motivación a la resolución y a los que anteriormente nos referíamos.

De igual forma, se trata de un acto administrativo que pone fin a la vía administrativa, por lo que, contra éste, cabe recurso contencioso-administrativo o recurso potestativo de reposición (art. 123 LPACAP). Cabe recordar que el establecimiento de prohibiciones de contratar no está contemplado dentro de las actuaciones y supuestos que permiten a los licitadores y contratistas acudir al recurso especial en materia de contratación (art. 44.2 LCSP).

Una vez resuelto el expediente de prohibiciones de contratar, la resolución o el acuerdo deberán ser remitidos para su inscripción en el Registro de Licitadores de

la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se encuentre la Administración de que se trate (art. 73.2 LCSP). La comunicación al Registro de Licitadores es un trámite indispensable pues los efectos de la prohibición de contratar se producen desde la fecha de inscripción en el Registro que corresponda (art. 73.3 LCSP), como más adelante veremos.

Finalmente, de conformidad con lo establecido por el art. 20 RLCAP, el acuerdo adoptado sobre prohibición para contratar, además de ser notificado al interesado, deberá publicarse en el Boletín Oficial del Estado si contiene una prohibición de carácter general para todas las Administraciones Públicas o en los respectivos diarios o Boletines oficiales a cuyo ámbito se circunscriba.

En cuanto al plazo máximo para resolver el expediente administrativo, de conformidad con la D.A.3ª del RLCAP, en relación con el art. 21.2 LPACAP, es de seis meses, a computar desde la fecha del acuerdo de iniciación (art. 21.3 LPACAP).

IV. ALCANCE, DURACIÓN MÁXIMA Y EFECTOS DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

1. El dolo o mala fe y la entidad del daño causado a los intereses públicos como elementos de determinación de las prohibiciones de contratar

Uno de los elementos centrales sobre los que giran las prohibiciones de contratar es la obligatoriedad que se le impone al órgano de contratación de que fije el alcance y la duración de la prohibición de contratar, pero sin que el legislador fije con más precisión la fórmula más adecuada para ello, a pesar de la gran incidencia que tiene para las empresas que se ven sometidas a esta gravosa medida acordada por la Administración.

Así, la regulación actual de las prohibiciones de contratar en la LCSP guarda silencio sobre ello, limitándose a señalar que el alcance y la duración se determinarán de acuerdo con un procedimiento previo (art. 72.2 LCSP), pero sin añadir nada más sobre esta cuestión tan relevante y que es en realidad, el punto más importante a la hora de establecer adecuadamente las prohibiciones de contratar.

Algo más de luz nos arroja el art. 19 del RLCAP que en su apartado 4 nos indica que el alcance y la duración de la prohibición se determinará atendiendo, en su caso, a la existencia de dolo o manifiesta mala fe del empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos. Esa existencia de dolo o manifiesta mala fe, se conecta con el art. 71 LCSP que cuando determina las prohibiciones del apartado

segundo del art. 71 LCSP, también se refiere a la existencia de dolo, culpa o negligencia de los contratistas.

Por lo tanto, encontramos dos elementos de juicio sobre los que debe versar el informe técnico de valoración de la prohibición de contratar: de un lado, que el licitador o contratista hayan actuado con dolo o con manifiesta mala fe en el expediente de contratación que trae causa en la prohibición para contratar, y de otro, que se haya causado un daño a los intereses públicos como consecuencia de la actuación del licitador o contratista. Examinaremos a continuación estos elementos.

A la hora de valorar el dolo o la mala fe, debemos tener en cuenta que tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo, este elemento se atribuye como un factor de graduación de la prohibición de contratar y no como un requisito inexcusable para su imposición (STS de 18 de marzo de 2015, RJ 2015\2796).

Así se había indicado también por la Audiencia Nacional en su SAN de 10 de febrero de 2014, que señala que *“para imponer esta prohibición, es necesario que en el incumplimiento del contrato resuelto, haya concurrido dolo o mala fe por parte del contratista” (...)* pues la concurrencia de estas circunstancias modificativas de la cantidad de la prohibición, será necesario tenerlas en cuenta para graduar la extensión y duración de la prohibición de contratar” (Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2014, JUR 2014\53718).

En cuanto a qué significa que el licitador actúe con mala fe, es evidente que el RLCAP cuando se refiere a ésta, la emplea como contraposición a la buena fe que tantas veces emplea el Código Civil (en adelante CC) a lo largo de su articulado. Así, la mala fe se contrapone a la buena fe que recoge el art. 7.1 CC cuando indica que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, para a continuación ofrecer una definición algo más amplia señalando que todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Por su parte, respecto de la definición de dolo, tiene perfecto encaje en los supuestos que aquí examinamos, la que ofrece el propio Diccionario de la Real Academia Española, que en su tercera acepción lo define como *“en los actos jurídicos, voluntad maliciosa de engañar a alguien o de incumplir una obligación contraída”*.

En base a lo anterior, cabría concluir que existe dolo o mala fe cuando el licitador o el contratista, en el expediente de contratación del que trae causa el expediente de prohibición de contratar, ha actuado con una clara voluntad de incumplir algunas de las obligaciones que le venían impuestas por el Pliego de condiciones. Por

tanto, a la hora de graduar la sanción, debe observarse no sólo el incumplimiento del contratista, sino que éste sea intencionado. Además, dicha circunstancia debe poder desprenderse del expediente de contratación del que trae causa y no referirse a circunstancias del licitador ajenas a su actuación en ese concreto expediente.

Resaltamos la importancia de que el informe técnico se pronuncie sobre los elementos anteriores, debiendo ser lo más preciso posible a la hora de determinar el incumplimiento, pues tratándose de un procedimiento de restricción de derechos de los licitadores, la causa de prohibición de contratar debe quedar claramente reflejada en el expediente, en aras a la seguridad jurídica de los licitadores afectados por el procedimiento.

En definitiva, la jurisprudencia viene exigiendo un plus en el incumplimiento (STSJ de Murcia 747/2014 de 10 octubre. JUR 2015\5368) y para la valoración de estos aspectos, la casuística es fundamental, ya que habrá que determinar caso por caso si concurren estos elementos que la Ley exige.

En el mismo sentido, apunta la STSJ de Madrid 432/2006, de 5 de mayo, que una cosa es el incumplimiento de un contrato que da lugar a su resolución y otra la prohibición de contratar, pues *“una misma resolución de un contrato por causa imputable al contratista puede determinar o no, según las circunstancias que concurran en el caso, que se declare la prohibición de dicho contratista para contratar con la Administración, porque el contratista puede incumplir aquello a lo que está obligado y por esa causa resolverse el contrato pero lo anterior no significa ni implica necesariamente, que dicho contratista haya actuado con dolo o manifiesta mala fe”*, de tal forma que la diferente entidad y naturaleza de la prohibición de contratar y las causas de resolución *“imponen un análisis individualizado de los requisitos (...) , verificando si concurren en cada caso, porque puede suceder que concurran los requisitos para declarar la resolución pero que al tiempo, no haya causa suficiente para declarar esa inhabilitación para contratar* (STSJ Madrid 432/2006 de 5 mayo, JUR 2006\201235).

Encontramos en la jurisprudencia un supuesto de existencia de dolo, referido a la retirada indebida de proposición o candidaturas en un procedimiento de adjudicación, cuando se aparta el licitador injustificadamente de la adjudicación: *“en esa mera opción de apartarse injustificadamente de la adjudicación está ya presente el elemento del dolo cualquiera que sea al móvil intencional que lo anime (estrategia industrial, evitación de riesgos económicos, etc.) y todo ello en tanto en cuanto representa una actuación contraria a las exigencias de la buena fe y de la vinculación a los propios actos”* (STSJ del País Vasco 151/2021 de 21 abril. JUR 2021\265537).

Por último, debemos indicar que en cuanto a la duración máxima de las prohibiciones de contratar, que se deberán fijar atendiendo a la graduación de los elementos anteriormente mencionados, se fija en tres años para los supuestos que aquí examinamos, de conformidad con lo establecido por el art. 72.6 LCSP, y que se

computarán desde la fecha de inscripción en el Registro correspondiente, de conformidad con lo dispuesto por el art. 73.3 LCSP.

2. La motivación y el principio de proporcionalidad

Como hemos puesto de manifiesto, la imposición de prohibiciones de contratar contiene unos requisitos para la tramitación del procedimiento que son diferentes de los previstos para la imposición de penalidades o resoluciones de los contratos administrativos previstos en la LCSP. Se trata de procedimientos que presentan una naturaleza distinta a éstos y por tanto, el enfoque desde el que articular estas prohibiciones de contratar también debe ser diferente.

Sin embargo, la falta de concreción de cuáles deben ser los criterios a tener en cuenta a la hora de imponer prohibiciones de contratar, dificulta enormemente el ámbito de actuación del órgano de contratación, que en un procedimiento cuasi-sancionador, debe ser especialmente riguroso a la hora de determinar el alcance y duración de las prohibiciones de contratar, teniendo en cuenta siempre dos elementos fundamentales en su imposición: la motivación de la imposición y el principio de proporcionalidad.

Respecto del primero de ellos, el art. 35.1.a) LPACAP establece que deben ser motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos. Evidentemente, nos encontramos ante un procedimiento limitador de derechos subjetivos, en tanto que la imposición de una prohibición de contratar afecta al derecho del licitador de poder concurrir a las licitaciones públicas dentro del ámbito territorial en el que se acuerde dicha prohibición. Por lo que la motivación debe ser especialmente exhaustiva en este caso.

Pero además, como señala la STSJ del País Vasco 151/2021, de 21 de abril (JUR 2021/265537), es fundamental la aplicación del principio de proporcionalidad, señalando respecto de las prohibiciones de contratar que *“habida cuenta de la naturaleza cuasi-sancionadora de las facultades ejercitadas, resulta plenamente asumible la exigencia de una motivación específica que satisfaga dicho principio general e implemente criterios de individualización y graduación de la responsabilidad y la sanción o medida de privación (...) El principio de proporcionalidad, en su vertiente aplicativa ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada”* (STSJ del País Vasco 151/2021 de 21 abril. JUR 2021\265537).

Por tanto, al encontrarnos ante un procedimiento cuasi-sancionador, resulta esclarecedora la configuración del principio de proporcionalidad en la potestad sancionadora de la Administración y recogido en la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), que en su art. 29 establece que *“en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:*

a) *El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.*

b) *La continuidad o persistencia en la conducta infractora.*

c) *La naturaleza de los perjuicios causados.*

d) *La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa”.*

En todo caso, resulta necesario que por parte de los diferentes órganos de contratación se fijen parámetros objetivos de determinación del grado de culpabilidad o existencia de intencionalidad que se va a tener en cuenta a la hora de imponer las sanciones, así como de la naturaleza de los perjuicios causados, precisamente porque son éstos los elementos objetivos que nos exige el art. 19.4 RLCSP: existencia de dolo o manifiesta mala fe del empresario y la entidad del daño causado a los intereses públicos.

Precisamente, porque como apunta GIMENO FELIU, en las decisiones contractuales se debe respetar el principio de proporcionalidad, que desde la perspectiva del derecho europeo exige que los actos de los poderes públicos no rebasen los límites de lo apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, de tal forma que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (sentencias de 13 de noviembre de 1990, Fedesa y otros, C-331/88, apartado 13, de 5 de octubre de 1994, entre otras). Y que, por tanto, este principio de proporcionalidad obliga al órgano competente a adoptar la decisión más respetuosa con los diferentes intereses en juego. Por último, el principio de proporcionalidad se configura *“como una herramienta que genera argumentación y fomenta una mayor racionalidad y coherencia en las decisiones adoptadas por los poderes públicos en el ejercicio de las potestades que tienen conferidas”*¹⁰.

¹⁰ GIMENO FELIU, J.M., “El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”, en la *Revista General de Derecho Administrativo* n°59, Iustel, 2022.

3. La formulación de criterios objetivos para la determinación del alcance y duración de las prohibiciones de contratar

En los supuestos que aquí examinamos, resulta aconsejable que la definición de criterios objetivos para la graduación de la imposición de prohibición de contratar se realice con anterioridad al establecimiento de ésta, a fin de que el órgano de contratación pueda otorgar seguridad jurídica a los licitadores y garantizar el principio de proporcionalidad en su imposición.

Precisamente, porque en el apartado segundo del art. 71 LCSP se recogen diferentes supuestos que pueden dar lugar a la imposición de prohibiciones de contratar pero que no pueden ser entendidas como igualmente gravosas para la Administración. Para ello, cabe la posibilidad de establecer una escala de graduación del alcance y duración de las prohibiciones de contratar similar a la de los procedimientos sancionadores, a través de una calificación de éstas como leves, graves o muy graves, de tal forma que se podrían imponer las consecuencias más gravosas (extensión del ámbito a la totalidad del sector público y una duración de tres años) a los incumplimientos que se califiquen como graves o muy graves, dejando las consecuencias menos gravosas (ámbito territorial del órgano competente y duración de la prohibición por debajo del año) para los incumplimientos leves.

En cuanto a la clase de incumplimientos que recoge el apartado segundo del art. 71 LCSP y su gravedad, cabe señalar, respecto del primero de ellos, esto es, la retirada indebida de la proposición o candidatura o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no aportar la documentación exigida en el apartado 2 del artículo 150 LCSP, que éste no impide que la Administración pueda adjudicar ese mismo contrato a otro licitador, por lo que el daño causado a los intereses públicos es menor, que el daño que se produce en el resto de supuestos del art. 71.2 LCSP y por tanto, la imposición de prohibición de contratar debe ser menos gravosa que la correspondiente a aquellos.

Por su parte, el supuesto segundo relativo a haber dejado de formalizar el contrato en los plazos previstos por el art. 153 LCSP, en este caso concurre un perjuicio mayor para la Administración que no puede adjudicar el contrato a otro licitador, sino que tiene que licitar nuevamente el contrato administrativo de que se trate. Habría, por tanto, una consecuencia más gravosa para la Administración. Sin embargo, la no formalización del contrato ocurre con anterioridad a la ejecución del contrato administrativo, por lo que en la mayoría de los casos no habrá transcurrido excesivo tiempo para la ejecución de la obra o un desmesurado retraso en los plazos de adjudicación y ejecución en el caso de que dicho contrato dependa de una subvención permitiendo que se realice una nueva licitación en un plazo breve de tiempo. Por

ello, podrá considerarse como un incumplimiento leve o grave atendiendo al resto de circunstancias concurrentes en el caso.

El tercero de los supuestos, esto es el incumplimiento de las condiciones esenciales del contrato, incluyendo condiciones especiales de ejecución, requiere que haya dado lugar a la imposición de penalidades o indemnización de daños, por lo que es evidente que la imposición de prohibición de contratar en este supuesto deberá tener la consideración de grave o muy grave, para lo cual habrá que atender a los daños y perjuicios que el licitador se haya visto obligado a requerir al licitador. Además, también deberá ponderarse el grado de ejecución del contrato, por ejemplo, si la ejecución ha sido absolutamente defectuosa.

En cuarto lugar, haber dado lugar a una resolución culpable del contrato, incluyendo las resoluciones por incumplimiento culpable del contratista de las obligaciones esenciales de los pliegos. Nuevamente, en este caso, el incumplimiento debería ser considerado como grave o muy grave, para lo cual se podría atender al tipo de incumplimiento que haya dado lugar a la resolución del contrato, dependiendo del tipo de contrato de que se trate, si ha ocasionado la pérdida de subvenciones por los retrasos en la ejecución del mismo, si ha retrasado considerablemente la posibilidad de que se proceda a una nueva licitación, si ha sido necesario, en el caso de los contratos de obra, que se realice un proyecto de obras nuevo relativo a la terminación de la obra que no haya sido finalizada por el contratista, etc.

Como puede observarse, se trata de una casuística muy variada en la que resulta fundamental tanto la figura del Director Facultativo en los contratos de obras como del responsable del contrato en los demás contratos, pues es esencial que éste deje constancia de todas las incidencias que se pongan de manifiesto a lo largo de la vida de éstos, precisamente porque será esta información la que nos permita determinar el cumplimiento de los requisitos para la imposición de las prohibiciones de contratar aquí examinadas.

No se pretende en ningún caso articular de forma exhaustiva toda la casuística que pueda presentarse a la hora de imponer las prohibiciones de contratar, pero sí hacer ver a los órganos de contratación la importancia de definir un adecuado sistema de graduación de incumplimientos y consecuencias derivadas de éstos, a fin de ser plenamente respetuosos con el principio de proporcionalidad y ser plenamente respetuosos con la seguridad jurídica de los licitadores que contraten con la Administración.

4. Buenas prácticas en la determinación de criterios de determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Siendo conscientes de la dificultad a la hora de articular las prohibiciones de contratar, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) dictó la Comunicación 1/2023, de 13 de junio, sobre criterios para la determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia (BOE nº 155, de 30 de junio de 2023), precisamente, porque como indican en el planteamiento de la misma *“atendiendo a la experiencia adquirida, esta Comisión considera oportuno publicar los criterios que guiarán su actuación de cara a la fijación de la duración y alcance de la prohibición de contratar en aquellos expedientes sancionadores que proceda a su establecimiento, proporcionando así la necesaria seguridad jurídica a los operadores y garantizando la transparencia en la actuación administrativa”*. Así, indica que *“la aplicación práctica de los criterios que aquí se enuncian habrá de garantizar el necesario equilibrio entre los principios de disuasión, eficacia y proporcionalidad, atendiendo también al adecuado examen del impacto de las medidas adoptadas en los mercados afectados por las conductas. El citado principio de proporcionalidad aconseja que la CNMC no conciba la prohibición de contratar de una manera indiscriminada. No hay que olvidar que la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia puede reducir, o incluso eliminar en los casos más extremos, la competencia en el mercado”*.

Si bien es cierto que esta Comunicación de la CNMC se circunscribe al ámbito de las prohibiciones de contratar por falseamiento de la competencia que se recogen en el art. 71.1.b) LCSP y que escapan del ámbito de este trabajo, nos permite conocer los criterios seguidos por aquella para la imposición de estas prohibiciones y puede servir como referencia a los órganos de contratación que se vean en la necesidad de proceder a la imposición de las prohibiciones de contratar previstas en el apartado segundo del art. 71 LCSP.

Así, en el apartado 4.2, denominado *“Parámetros para determinar el «alcance» y «duración» de la prohibición”*, en el párrafo 33 establece que *“la duración de la infracción: esta constituye una circunstancia objetiva que debe orientar la determinación de la duración de la prohibición. Es posible establecer una regla de proporcionalidad entre la duración de la infracción cometida y la duración de la prohibición de contratar”*.

Por su parte, el párrafo 34 establece sobre la gravedad de la infracción que *“cabe considerar aquí si la infracción de la Ley de Defensa de la Competencia ha sido grave o muy grave. A mayor gravedad, mayor duración. (...) Un factor relevante aquí será también la naturaleza de la infracción. Así, por ejemplo, en el ámbito de una infracción de colusión en procedimientos periódicamente licitados por la Administración será importante considerar la frecuencia de las licitaciones, de forma que, a menor frecuencia de licitaciones, mayor duración de la prohibición para que la misma*

sea disuasoria. También podrá tomarse como referencia, en el caso de que la infracción se instrumente a través de uniones temporales de empresas que concurran a los procedimientos, la participación de cada sujeto infractor en el ilícito”.

O por ejemplo, a la hora de considerar si procede o no la aplicación de la exención de prohibición de contratar por el programa de clemencia o *self-cleaning*, que “*para que sean verdaderamente efectivos, los programas de cumplimiento deben garantizar, a través del establecimiento claro de parámetros de conducta y de la puesta en práctica de medidas organizativas para su desarrollo, la existencia de un verdadero compromiso de cumplimiento que se traslade al proceso de toma de decisiones cotidianas, tanto de las personas físicas que, en nombre o representación de la empresa, participan en la actividad, como del conjunto de trabajadores de la empresa, permitiendo que, desde el ámbito de sus propias funciones, detecten o prevengan prácticas restrictivas de la competencia”.*

Esta forma de actuar por parte de la CNMC dando a conocer los criterios a seguir para la imposición de las prohibiciones de contratar del ámbito de su competencia, es un ejemplo a seguir por los órganos de contratación a la hora de determinar las prohibiciones de contratar aquí examinadas.

5. Efectos de la prohibición de contratar

De conformidad con lo dispuesto por el art. 73.3 LCSP, los efectos de la prohibición de contratar se producirán desde la fecha de inscripción en el Registro correspondiente y afectarán al ámbito del órgano de contratación competente para su declaración, que en los supuestos aquí examinados se circunscribiría al de la entidad que resuelve el expediente de prohibición de contratar.

No obstante, y siempre que previamente se hayan extendido al correspondiente sector público territorial, los efectos de las prohibiciones de contratar se podrán extender al conjunto del sector público. Esta extensión se realizará por el Ministerio de Hacienda y Función Pública, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y a solicitud de la Administración correspondiente (art. 73.1 LCSP).

Sobre los efectos que se derivan de la prohibición de contratar, es reiterada jurisprudencia que éstos solo se producen, y la limitación solo es ejecutiva desde el momento en el que se concreta el alcance y duración de la prohibición, bien en la propia resolución sancionadora, bien a través de un procedimiento correspondiente con la posterior inscripción en el Registro (por todas, STS 1419/2021, de 1 de diciembre y STS 377/2022, de 28 de marzo), de tal forma que, si se resuelve un expediente de prohibición de contratar sin que se indique el alcance y duración del mismo, carecerá de eficacia ejecutiva hasta que exista un pronunciamiento expreso de estas cuestiones.

En cuanto a la eficacia retroactiva de las prohibiciones de contratar, los Tribunales de Recursos Contractuales, han venido señalando que no cabe apreciar efectos retroactivos a la prohibición de contratar, pues éstos “*se producen desde la fecha en que se inscribe la misma en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Contratistas del Estado, sin que llegue a producir eficacia retroactiva respecto de los contratos que están en vigor en el momento en que se acuerde aquélla. La prohibición de contratar, con independencia de las causas comprendidas en el artículo 60 del TRLCSP, implicará que el empresario no puede resultar adjudicatario de nuevos contratos posteriores a la misma, al carecer de aptitud para contratar (artículo 54 del TRLCSP)*”. En consecuencia, consideró que las prohibiciones de contratar no despliegan efectos retroactivos, sino pro futuro, y la circunstancia de que el adjudicatario incurra de forma sobrevenida en prohibición de contratar no afecta a la validez de los contratos ya celebrados y que se encuentren en fase de ejecución, pues las condiciones de aptitud del contratista se exigen al tiempo de perfeccionarse el contrato, y sólo si en ese momento no concurren puede apreciarse causa de invalidez contractual (artículo 39.2.a) de la LCSP)” (por todas, Resolución TARC 1289/2022)”.

Por supuesto, que el empresario se encuentre incurso en alguna prohibición de contratar conlleva la nulidad de pleno derecho del contrato administrativo, de conformidad con lo establecido por el art. 39.2.a) LCSP, pues de conformidad con lo dispuesto por el art. 65.1 LCSP, sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas que no estén incursas en alguna prohibición de contratar.

Sin embargo, la concurrencia en un licitador de una prohibición de contratar una vez se haya perfeccionado un contrato con la Administración, no afecta a la validez de dicho contrato administrativo.

V. EL MECANISMO DE AUTOCORRECCIÓN O “SELF-CLEANING” EN LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR

Una de las novedades más significativas que introdujo la LCSP en relación con las prohibiciones de contratar es la articulación de una técnica de *compliance* cuyo objetivo es permitir que se levante la prohibición de contratar impuesta por una Administración¹¹ denominada self-cleaning o procedimiento de redención¹² y que son medidas en las que el denominador común es que el licitador pueda restaurar su honorabilidad y fiabilidad¹³.

¹¹ VV.AA., *Op. Cit.*, p. 275.

¹² MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Concesiones públicas y corrupción. Medidas para proteger la integridad en los contratos concesionales” en J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (Coord.) *La gestión de los servicios públicos locales*, El Consultor de los Ayuntamientos, Barcelona, 2018.

¹³ CARPINTERO RODRÍGUEZ, A., “El reconocimiento de la posibilidad de justificación de la fiabilidad del licitador en los casos de prohibiciones de contratar de apreciación directa”, en *Actualidad Administrativa*, N° 3, marzo 2023, LA LEY.

Así, nos encontramos con que el art. 72.5 LCSP establece que no procederá declarar la prohibición de contratar cuando en el trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona que haya sido declarada en situación de prohibición de contratar acredite:

- El pago o compromiso de pago de las multas o indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución.

- La adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas.

Además, también se contempla la posibilidad de que la prohibición de contratar pueda ser revisada en cualquier momento de su vigencia, siempre que se acredite por la persona declarada en prohibición de contratar los extremos anteriores. En todo caso, el órgano competente para conocer de la revisión será el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar.

Esta regulación viene a recoger lo que ya establecía el considerando 102 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública, al contemplar la posibilidad de que *“los operadores económicos adopten medidas de cumplimiento destinados a reparar las consecuencias de las infracciones penales o las faltan que hayan cometido y a prevenir eficazmente que vuelvan a producirse las conductas ilícitas”*.

Como señala el Informe 3/2021, de 10 de junio, de la Junta Consultiva de Canarias, el procedimiento de prohibiciones de contratar *“tiene por objeto, además, realizar una valoración prospectiva sobre un licitador-operador económico, pues, aunque éste se halle en causa de prohibición, tiene derecho a probar su fiabilidad para las futuras licitaciones, de ahí que la actual LCSP transponga el mecanismo de autocorrección llamado “self-cleaning”, previsto en las directivas comunitarias”*.

Así, señala el art. 57.6 de la Directiva 2014/24/UE que *“todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente”*. Asimismo, señala que *“las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión”*.

Cabe señalar, por tanto, que esta normativa europea reconoce el derecho de los operadores económicos, a que si adoptan medidas destinadas a reparar las con-

secuencias de las faltas cometidas y previenen eficazmente que vuelvan a producirse este tipo de conductas, no procede la exclusión del licitador¹⁴.

Sin embargo, han matizado los Tribunales de Justicia que esta posibilidad de autocorrección no constituye un derecho absoluto a evitar o levantar la prohibición bastando cualquier alusión realizada en el trámite de audiencia, sino que “*queda referida a unos conceptos indeterminados pero objetivamente delimitados, como son las correcciones mediante medidas técnicas, organizativas y de personal, que no podrán ser evaluados por la Administración si no se desarrollan y proponen, o si, en sí mismos, no guardan conexión ni se atienen al supuesto legal en que se ha incurrido*” (STSJ del País Vasco 151/2021 de 21 abril. JUR 2021\265537).

Sobre la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, que son las que podrían ser puestas de manifiesto por el licitador en el trámite de audiencia del procedimiento de prohibición de contratar, o tras la solicitud de revisión por éste, apunta GÓMEZ FARIÑAS que estas medidas son costosas tanto en términos económicos como estructurales, por lo que servirían para poner en evidencia la firme voluntad de la empresa de dejar atrás todo atisbo de tacha y avanzar en el camino de la integridad, siendo el ejemplo más claro como plan de acción para satisfacer esta exigencia los *Compliance Programs* o programas de cumplimiento, que aglutinan un amplio espectro de medidas preventivas y funcionan como un instrumento de *autorregulación* dirigido a evitar cualquier tipo de incumplimiento, si bien la implantación del programa dependerá de la gravedad de la infracción¹⁵.

Es importante que a la hora de que el órgano de contratación valore las medidas presentadas y adoptadas por la empresa, se tengan unos criterios claros que doten de transparencia y seguridad jurídica a los operadores económicos y de esta forma puedan conocer la forma en la que se van a valorar las medidas adoptadas por éstos, precisamente porque si las adoptan adecuadamente, no puede ser impuesta la prohibición de contratar, al atentar contra el principio de proporcionalidad, que juega un papel clave en relación con este ámbito¹⁶.

En este sentido, se ha señalado por la doctrina que el art. 72.5 LCSP exige que concurra un triple requisito¹⁷:

¹⁴ CASTIÑEIRA PIÑEIRO, J.C., “La aptitud de los adjudicatarios”, en *El Consultor de los Ayuntamientos* N°23, 15-29 diciembre de 2017, Wolters Kluwer.

¹⁵ GÓMEZ FARIÑAS, B., “Las medidas de self-cleaning: un análisis desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en la *Revista General de Derecho Administrativo*, n°48, Iustel, 2018.

¹⁶ GÓMEZ FARIÑAS, B., *Op. Cit.*

¹⁷ CANALES GIL, A., HUERTA BARAJAS, J.A., CANALES MENÉS, P. y HUERTA MÉRIDA, C., *Aclaraciones a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público: enfoque científico-práctico*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p. 323.

Que deba existir una relación directa y patente entre la conducta sancionada y la finalidad de las medidas que se hayan adoptado.

Que las medidas adoptadas deban ser posteriores a la comisión de la infracción sancionada, debiendo existir un marco temporal de aplicación de cada una de las medidas.

Que se deberá acreditar la aplicación efectiva de estas medidas, sin que resulte suficiente una mera y simple afirmación de haberse adoptado éstas o que se vayan a adoptar en el futuro, pero sin soporte documental alguno de las medidas o comportamientos esperables que implican el cumplimiento de la legalidad vigente.

No olvidemos que está en juego la exclusión de los licitadores de las contrataciones públicas durante un determinado periodo de tiempo, por lo que se debe ser igualmente cauteloso en la imposición de las prohibiciones de contratar como en el levantamiento de éstas, cuando así lo imponga la naturaleza de este particular procedimiento de self-cleaning.

VI. CONCLUSIONES

En numerosas ocasiones, las Administraciones Públicas se ven obligadas a aceptar una y otra vez en sus licitaciones a contratistas con los que han tenido malas experiencias en contratos anteriores con éstos, pero con los que deben seguir contratando, al no haberse adoptado por esa Administración las medidas necesarias para impedir que esto siga sucediendo.

Es por ello, que a lo largo del presente trabajo se ha pretendido exponer de la forma más sistemática posible cómo deben actuar y como debe articularse el procedimiento a seguir por parte de la Administración para imponer prohibiciones de contratar acordes a cada incumplimiento que se encuentren en sus relaciones con los contratistas, garantizando así el pleno respeto al interés público al que se encuentra sujeta la Administración.

Asimismo, se han mostrado ejemplos de cómo se están interpretando estas prohibiciones por parte de la jurisprudencia y como se están llevando a cabo estos procedimientos por parte de otras Administraciones, como es el caso de la CNMC.

Se trata, en definitiva, de facilitar el uso de un mecanismo de reacción que prevé nuestra actual LCSP pero que, en ocasiones, bien por falta de experiencia previa, bien por falta de seguridad jurídica a la hora de iniciar estos expedientes, finalmente no se emplea en aquellos casos en los que es realmente necesario y en los que realmente la actuación de los licitadores está siendo especialmente gravemente dañosa para los intereses de la Administración.

Esperamos que esta breve guía de aplicación de las prohibiciones de contratar permita acercar esta figura en exceso desconocida y que permita dotar de mayores medios a las Administraciones para la correcta ejecución de sus contratos públicos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BERMEJO VERA, “Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° Extra 10, 2008, p. 109-140.

CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJA, J.A., “Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, Ed. Boletín Oficial del Estado, 2018.

CANALES GIL, A., HUERTA BARAJAS, J.A., CANALES MENÉS, P. y HUERTA MÉRIDA, C., “Aclaraciones a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público: enfoque científico-práctico”, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2022.

CARPINTERO RODRÍGUEZ, A., “El reconocimiento de la posibilidad de justificación de la fiabilidad del licitador en los casos de prohibiciones de contratar de apreciación directa”, *Actualidad Administrativa*, N° 3, marzo 2023, LA LEY.

CASTIÑEIRA PIÑEIRO, J.C., “La aptitud de los adjudicatarios”, *El Consultor de los Ayuntamientos* N°23, 15-29 diciembre de 2017, Wolters Kluwer.

GARCÍA MELIÁN, J.C., “Un recorrido en imágenes sobre las prohibiciones de contratar”, *Contratación Administrativa Práctica* n°176, noviembre-diciembre 2021, Wolters Kluwer.

GIMENO FELIU, J.M., “El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”, *Revista General de Derecho Administrativo* n° 59, Iustel, 2022.

GÓMEZ FARÍÑAS, B., “Las medidas de self-cleaning: un análisis desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n°48, Iustel, 2018.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Concesiones públicas y corrupción. Medidas para proteger la integridad en los contratos concesionales” en J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (Coord.) *La gestión de los servicios públicos locales*, El Consultor de los Ayuntamientos, Barcelona, 2018.

MEDINA ARNÁIZ, T., “Las prohibiciones de contratar en el Derecho de la Unión Europea”, Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Burgos, 2015.

MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., “Prohibiciones de contratar” en “La nueva Ley de Contratos del Sector Público”, Ed. La Ley, 2009.

VV.AA. “Guía de integridad en la contratación pública local”, Ed. Federación Española de Municipios y Provincias, 2019.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Carga de la prueba de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración, conforme a la jurisprudencia

Burden of proff of the budgets of the health patrimonial responsibility of the Administration, in accordance with jurisprudence

Marta María Sánchez García

Doctora en Derecho. Universidad de Salamanca

Abogada Especialista en Responsabilidad Sanitaria

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. CARGA DE LA PRUEBA DEL PACIENTE O RECLAMANTE. 1. Mala praxis y el carácter antijurídico del daño. 2. La relación de causalidad. 3. El daño. A. Lucro cesante. B. Daño moral. 4. El quantum indemnizatorio. 5. La interrupción de la prescripción. 6. Responsabilidad concurrente de varias Administraciones Públicas. III. CARGA DE LA PRUEBA DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA. 1. La ruptura del nexo causal. A. Fuerza mayor. B. Intervención exclusiva del paciente o de un tercero. 2. La inexistencia de daño o defectuosa evaluación médica. 3. La prescripción de la reclamación. 4. ¿La Administración soporta, en todo caso, la carga procesal de acreditar haber actuado conforme a la *lex artis*? IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN: En atención a la importancia práctica de la carga procesal de la prueba, en el presente trabajo se profundiza en la carga de la prueba de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial sanitaria y las excepciones vinculadas al principio de facilidad probatoria (*favor probationis*), desde un profundo análisis de la jurisprudencia.

ABSTRACT: In view of the practical importance of the procedural burden of proof, this work delves into the burden of proof of each of the assumptions of health

Recibido: 27-03-2024

Aceptado: 19-04-2024

property liability and the exceptions linked to the principle of ease of proof (*favor probationis*), from a deep analysis of jurisprudence.

PALABRAS CLAVE: Carga de la prueba, presupuestos, responsabilidad patrimonial sanitaria, principio de facilidad probatoria, jurisprudencia.

KEY WORDS: Burden of proof, budgets, health patrimonial responsibility, principle principle of ease of proof, jurisprudence.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Supremo (Sala Contencioso-Administrativa) ha enumerado seis requisitos, de inexcusable concurrencia conjunta, para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, en general: 1) Un daño o perjuicio, que ha de ser real, efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. 2) Un daño antijurídico, es decir, injustificado o ilegítimo, de forma que el que lo sufra no tenga el deber de soportar el daño «de acuerdo con la Ley». 3) Un daño imputable a la Administración, debido a su funcionamiento normal o anormal. 4) Una relación de causalidad entre el hecho u omisión que se imputa a la Administración y el daño producido 5) La ausencia de fuerza mayor. 6) Por último, la reclamación debe plantearse dentro del plazo anual prescriptivo¹.

La doctrina, de forma unánime, considera que dichos requisitos son de plena aplicabilidad a la Administración sanitaria, sin perjuicio de su posterior modulación².

El Tribunal Supremo ha destacado que, en materia de responsabilidad patrimonial, adquiere gran importancia la correcta aplicación de las normas sobre la carga de la prueba³. Téngase en cuenta que, tratándose de la responsabilidad patrimonial sanitaria, no existen normas legales concretas sobre la carga de la prueba, lo que obliga a una remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 217 LEC), con las matizaciones introducidas por los Tribunales. Por ello, el estudio de la carga de la prueba en estos procesos ha de partir del análisis de una abundante casuística jurisprudencial.

¹ Vid. art. 32.1 Ley 40/2015 (LSP). STS (Sala C-A) 1423/2021, de 1 de diciembre, rec.6479/2020, en relación con la STSJ de Madrid 404/2022, de 9 de mayo, rec.1003/2020.

² Vid. RIVERO ORTEGA, R. (2023); TOLOSA TRIBIÑO, C. (2022); GALLARDO CASTILLO, M.J. (2021); CALVO SÁNCHEZ, M.D. (2014); PALOMAR OLMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dirs.); (2013); PANES CORBELLÉ, L. A. (2013); CUETO PÉREZ, M. (2013); RIVAS LÓPEZ, A.L. (2012); GALLARDO CASTILLO, M^a.J. y CRUZ BLANCA, M^a.J. (2011); BOBO RUIZ, J. (2010); ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (2009); RODRIGUEZ LÓPEZ, P. (2007), entre otros.

³ STS (Sala C-A) 1423/2021, de 1 de diciembre, rec.6479/2020: «Nos parece también conveniente recordar que en materia de responsabilidad patrimonial adquiere gran importancia la correcta aplicación de las normas sobre la carga de la prueba».

Desde mi punto de vista, la carga de la prueba ostenta un rango de importancia superior a la prueba en sí misma considerada: si no ha resultado suficientemente acreditado un *hecho relevante* para la decisión del litigio, las dudas fácticas del juzgador se resolverán siempre en contra de la parte que no acreditó los hechos que le correspondían, *ex art.* 217.1 LEC.

A mi juicio, la carga de la prueba tiene una especial trascendencia en la práctica judicial en cuanto pieza clave de la imputación de responsabilidad a las partes que intervienen en un proceso.

Por esa razón, considero que reviste especial interés analizar la carga de la prueba de los diferentes presupuestos de la responsabilidad sanitaria de la Administración, conforme a la jurisprudencia, así como las peculiaridades derivadas de la aplicación del principio de facilidad probatoria (*art.* 217.7 LEC).

II. CARGA DE LA PRUEBA DEL PACIENTE O RECLAMANTE

Inicialmente, el reclamante o demandante deberá probar los hechos que fundamentan su pretensión y el demandado los hechos extintivos, impeditivos y excluyentes (*art.* 217, apartados 2 y 3 LEC).

Sin embargo, se hace preciso tener en cuenta las dificultades que, en cada caso concreto, haya encontrado el particular para cumplir con la carga probatoria que le incumbe. Conforme a los «*principios de facilidad y posibilidad probatoria*» previstos en el apartado 7 del *art.* 217 LEC no es posible exigir pruebas que resulten difíciles o de imposible realización⁴.

En suma, al particular o perjudicado reclamante le incumbe acreditar el incumplimiento de la *lex artis ad hoc*, así como el “carácter antijurídico del daño”; la relación de causalidad entre el daño y la actuación u omisión de la Administración sanitaria; el daño sufrido —incluido daño moral, daño emergente y lucro cesante—; el quantum indemnizatorio; la interrupción de la prescripción de la reclamación, así como la responsabilidad concurrente de varias Administraciones Públicas.

⁴ Art. 217: «2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior». Art. 217: «7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio».

1. La mala praxis y el carácter antijurídico del daño

El reclamante, siguiendo el principio general de la carga de la prueba del art. 217.2 LEC, deberá acreditar «la existencia del daño, la relación de causalidad y, en su caso, la violación del criterio de normalidad representado por la *lex artis*»⁵. El Tribunal Supremo exige que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración «debe acreditar, ante todo, la existencia de una mala praxis», pues, en otro caso, está obligado a soportar el daño⁶.

A su vez, la prueba de la antijuridicidad se traduce, no sólo en la acreditación del «incumplimiento de la *lex artis*» en el desempeño de la actuación sanitaria, sino también de la ausencia del deber jurídico de soportarlo, siendo admisibles tanto las pruebas directas como indirectas. Tales exigencias deben cohonestarse con el «principio de facilidad de la prueba», debido a que la Administración es la que dispone del expediente administrativo y con el principio de «posibilidad probatoria», pues no es posible exigir pruebas que resulten difíciles o de imposible realización (prueba diabólica)⁷.

La principal consecuencia que implica la configuración de responsabilidad asumida por la Administración sanitaria como una «obligación de medios» se puede resumir en la imposición al reclamante de la carga de aportar al proceso todo el material probatorio para acreditar la infracción de la *lex artis ad hoc* exigible al profesional sanitario o la diligencia exigida a la organización sanitaria –ya sea por acción o de forma omisiva–, así como la antijuridicidad del daño⁸.

A quien reclama le incumbe la carga procesal de justificar, al menos de forma indiciaria, incluso mediante la prueba de presunciones prevista en el artículo 386 LEC, que se ha producido por parte de las instituciones sanitarias un mal uso de la

⁵ STS (Sala C-A) 700/2018, de 26 de abril, rec.3424/2015. En el mismo sentido, la STSJ de Madrid (Sala C-A) 620/2023, de 13 de julio, rec.361/2022: «[...] tampoco se ha acreditado que se haya producido una mala praxis por parte de la Administración que es el requisito indispensable para que se pueda reconocer la responsabilidad patrimonial». Igualmente, afirma la STSJ de Castilla-León (Sala C-A), sede Valladolid, 346/2021, de 25 de marzo, rec.144/2019: «[...] se trata de decidir si un seguimiento como el que se le hizo [...] constituye una infracción de la *lex artis*, lo cual no se ha probado por quien tiene la carga de ello, que es la parte actor».

⁶ SSTs (Sala C-A) de 12 de abril de 2011, rec.3848/2009; 28 de marzo de 2007, rec.89/2003; 2 de julio de 2010, rec.2985/2006, entre otras.

⁷ STS (Sala C-A) 1423/2021, de 1 de diciembre, rec.6479/2020: «Las normas de la carga de la prueba deben cohonestarse con el principio de facilidad probatoria (cuando a una de las partes le resulta fácil probar el hecho controvertido y no lo hace) y con el de la posibilidad probatoria (ya que no es posible exigir pruebas que resulten difíciles o de imposible realización)». En el mismo sentido, vid. STSJ de Castilla-León (Sala C-A), sede Valladolid, 209/2023, de 20 de febrero, rec.1147/2021 o STSJ de Madrid (Sala C-A) 35/2019, de 21 de enero, rec.104/2016.

⁸ GASCÓN ABELLÁN, M. (2008: 379) considera trascendental la acreditación, por quien reclama, de la mala praxis médica y del carácter antijurídico del daño. STSJ de Castilla-León (Sala C-A) 1191/2022, de 2 de noviembre, rec.1412/2020: «Lo cierto es que el actor no ha aportado ninguna prueba que, siquiera de forma indirecta, pueda inducir a pensar que pudo existir una mala praxis médica». Vid. STSJ de Castilla-León (Sala C-A), sede Valladolid, 200/2023, de 20 de febrero, PO 1208/2021.

“*lex artis*” o una defectuosa organización sanitaria, sin perjuicio de las modulaciones que en dicha carga puedan surgir por el principio de la facilidad o posibilidad probatoria.

La «*prueba de presunciones*» será un medio idóneo de justificación del mal uso de la *lex artis* cuando el daño sufrido por el paciente resulta desproporcionado y desmedido con la dolencia padecida, salvo que se proporcione por la Administración una explicación razonada⁹. La «*prueba indiciaria*» permite al TSJ de Castilla-León, en su sentencia de 21 de enero de 2021, concluir la existencia de información, aun cuando formalmente no existe un documento expreso de consentimiento informado¹⁰.

No obstante, según la jurisprudencia, la acreditación de la violación del criterio de normalidad representado por la “*lex artis*” lleva implícito probar: A) Que la prestación sanitaria prestada no se acomodó al estado de la ciencia, esto es, «*que las actuaciones no se ajustaron a las que eran científicamente correctas, según el estado de los conocimientos o de la ciencia*»¹¹. B) Que los servicios públicos sanitarios no adoptaron los medios a su alcance: la Administración incumplirá la ley no manteniendo en el centro sanitario un servicio exigido o realizando una arbitraria disposición de los elementos con que cuenta el servicio sanitario¹².

2. La relación de causalidad

Según jurisprudencia consolidada, la carga de la prueba de la relación de causalidad entre la actuación u omisión del personal o de la organización sanitaria y el daño corresponde a quien reclama la indemnización, aun cuando el nexo causal apareciera bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes¹³.

No obstante, en materia de prestación sanitaria, la carga de la prueba del nexo causal que soporta el perjudicado no impide que, «*en aplicación del principio de facilidad de la prueba*», deba atemperarse, a fin de tomar en consideración las dificultades que

⁹ Vid. STSJ de Castilla-León (Sala C-A) 818/2015, de 11 de mayo, rec.16/2012 o SSTSJ de Madrid 158/2023, de 15 de febrero, rec.524/2020; 157/2023, de 13 de febrero, rec.949/2020, entre otras.

¹⁰ Rec. 402/2018: Dicho consentimiento se desprende «*[...] del hecho de que se encontrara en planta durante siete días esperando la intervención, con visitas médicas diarias; la existencia de un informe prequirúrgico y de un consentimiento informado de anestesia, que es un medio imprescindible para la intervención; y, en fin, del hecho de que la reducción de la lesión exigía ineludiblemente la práctica de la intervención que fue realizada*».

¹¹ STS (Sala C-A) de 10 de julio de 2012, rec.3243/2010; STSJ de Madrid (Sala C-A) 808/2023, de 9 de octubre, PO 843/2022: «*[...] sin que los demandantes hayan demostrado que el conocimiento científico actual indicara otros procedimientos diferentes de los efectuados, ni que en ellos se haya incurrido en deficiencias o errores técnicos*». Vid. también SSTS (Sala C-A) de 10 de julio de 2012, rec.3243/2010 y de 20 de noviembre de 2012, rec.4891/2011.

¹² Vid. STS (Sala C-A) de 25 de febrero de 2009, rec.9484/2004.

¹³ STS (Sala C-A) de 14 de junio de 2011, rec.2371/2007. Vid. RIVERO ORTEGA, R. (2020); CHAVES GARCÍA, J.R. (2020: 413) y CHAVES GARCÍA, J.R. (2023: 170 y 174-176).

normalmente encontrará el paciente o reclamante para cumplirla dentro de las restricciones del ambiente hospitalario debido a que la Administración es la parte que dispone del expediente administrativo¹⁴. Esta moderación en la acreditación de la relación de causalidad se asienta en el hecho de que la historia clínica puede facilitar la clave de la prueba de la conexión causal entre la conducta de la Administración y el daño sufrido. Por tanto, habrá de adoptarse una cierta flexibilidad, de modo que no se exija al perjudicado una prueba imposible o diabólica¹⁵.

Al analizar el nexo de causalidad se debe recordar que la ciencia médica, lejos de ser una ciencia exacta, está sometida a infinidad de variables biológicas y, en consecuencia, para apreciar la existencia de nexo causal entre el servicio sanitario y el desenlace dañoso *«es necesario que se evidencie una transgresión severa, clara e injustificable de la norma praxis médica. La transgresión de la norma praxis médica que justifica en nacimiento de responsabilidad patrimonial debe ser grosera, esto es, una contravención injustificable de las pautas médico-científicas asumidas generalmente y de obvia aplicación al supuesto analizado»*. Así lo destacan varios pronunciamientos del TSJ de Andalucía¹⁶.

Asimismo, no se puede apreciar el nexo de causalidad cuando la ciencia médica no es suficiente para restablecer la salud y el daño obedece a la *«inevitabilidad biológica»*¹⁷. Así, por ejemplo, a pesar de la introducción de modernos métodos de monitorización y de las mejoras evidentes en el tratamiento de los recién nacidos, la Medicina se muestra impotente para poner fin a la encefalopatía hipóxico-isquémica del recién nacido. Tanto es así que la prevalencia de las parálisis cerebrales, en los últimos años,

¹⁴ Vid. STS (Sala C-A) de 9 de diciembre de 2008, rec.6580/2004.

¹⁵ STS (Sala C-A) 700/2018, de 26 de abril, rec.3424/2015 o de 14 de junio de 2011, rec.2371/2007. La STSJ de Castilla-León (Sala C-A) 946/2023, de 26 de septiembre, rec.397/2020, señala: *«Existen múltiples peculiaridades en lo que se refiere a la responsabilidad patrimonial en el ámbito de la Administración Sanitaria. Impuestas, lógicamente, por la propia naturaleza y complejidad de la asistencia médica o sanitaria. Así, puede señalarse (en relación con su caracterización como una actividad/obligación de medios), que es una actividad que comporta, por su propia naturaleza, la asunción de un riesgo por el paciente; de ahí también la importancia de recabar su consentimiento informado (STS de 10 de mayo de 2005, rec.6595/2001). O, en fin, la moderación que en este concreto ámbito se produce de la distribución de la carga de la prueba de la relación de causalidad en aplicación del principio de facilidad probatoria (vid., en este punto, la STS de 14 de junio de 2011, rec.2371/2007)»*.

¹⁶ STSJ de Andalucía (Sala C-A), sede Málaga, 1859/2018, de 20 de septiembre, rec.145/2017: el informe de la Inspección sanitaria y la pericial de la parte codemandada *«revelan que no estamos ante el supuesto de clara infracción de la norma praxis médica que hace nacer la responsabilidad a cargo de la Administración sanitaria»*. En el mismo sentido: SSTJ de Andalucía (Sala C-A), sede Málaga, 622/2017, de 6 de abril, rec.575/2016; 2393/2015, de 30 de octubre, rec.1010/2011; 2116/2015, de 25 de septiembre, rec.265/2012, entre otras.

¹⁷ SSTJ de Andalucía, sede Málaga, 622/2017, de 6 de abril, rec.575/2016; 2393/2015, de 30 de octubre, rec.1010/2011; 2116/2015, de 25 de septiembre, rec.265/2012, entre otras: *«[...] en no pocas ocasiones la ciencia médica no es suficiente para ayudar a restablecer la salud perdida, son aquellos casos en los que entra en juego el factor de la inevitabilidad biológica, figura afín a la fuerza mayor que en el marco de la responsabilidad de la Administración sanitaria determina la inexistencia de nexo de causalidad entre la asistencia médica y el perjuicio para la salud»*.

ha permanecido estable, mientras que ha aumentado, claramente, en los prematuros, sin diferencias significativas entre sexos, razas o grupos étnicos.

En consecuencia, como regla general, ha de acreditarse por quien formula la pretensión indemnizatoria la existencia de una relación de causalidad «cierta» entre el funcionamiento del servicio y el daño acaecido, hasta el punto de que la responsabilidad administrativa se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse por ser *desconocida* la causa generadora del evento dañoso¹⁸.

Precisamente, la STS (Sala C-A) de 10 de julio de 2012 analiza un supuesto en el que se desconoce la causa de una lesión objetivada dos días después de la intervención quirúrgica, permaneciendo el paciente en el centro hospitalario. La Sala concluye: «*La obligada inversión de la carga de la prueba que se produce al ser la Administración sanitaria la que dispone con mayor facilidad de los elementos de juicio idóneos para aproximarse a una conclusión razonable sobre la causa de la lesión, no implica que toda incertidumbre sobre esa causa—incluso cuando la lesión se objetiva mientras el paciente permanece en el centro hospitalario—deba resolverse en perjuicio de la Administración sanitaria*»¹⁹.

Si el órgano judicial, al tiempo de dictar sentencia, considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor²⁰.

Merece la pena destacar la posición de GASCÓN ABELLÁN. Considera que la causalidad no siempre resulta «evidentemente» acreditada, máxime en el ámbito sanitario, donde una lesión puede deberse a causas distintas o concurrentes. Además, no siempre resulta fácil identificar las lesiones derivadas de la enfermedad del paciente o inherentes al tratamiento pautado. En esas circunstancias, la pretensión de probar indubitadamente el nexo causal es una pretensión vana que conduciría a la denegación de justicia. Por esa razón, se decanta por la naturaleza «*meramente probabilística*» de la prueba del nexo causal. Se entiende probada la relación de causalidad cuando se muestra probable y razonable, según las máximas de experiencia, aunque no pueda afirmarse taxativamente²¹.

¹⁸ STS (Sala C-A) de 29 de marzo de 2011, rec.3460/2007: «*En razón de todo ello, considera este Tribunal que no se justifica, con la certeza necesaria para dar lugar a una declaración de responsabilidad, la concurrencia de la necesaria relación de causalidad entre las supuestas deficiencias de la prestación sanitaria -que tampoco han sido acreditadas- y el resultado lesivo invocado como lesión reparable*».

¹⁹ Rec. 3243/2010. La STSJ de Castilla-León, sede Valladolid, 200/2023, de 20 de febrero, PO 1208/2021, desestima la demanda porque «*no se ha podido objetivar cuál es la causa del retraso psico-físico de la paciente, ni siquiera parece estar claro el diagnóstico definitivo de su patología*».

²⁰ GASCÓN ABELLÁN, M. (2008: 382 y ss.). STS (Sala C-A) de 23 de febrero de 2011, rec.2693/2009. Vid. también la STSJ de Murcia (Sala C-A) 1990/2009, de 6 de noviembre, rec.41/2008.

²¹ La Sala Civil del TS alude a «*probabilidad cualificada o estadística*» suficiente para establecer el nexo de causalidad. Así, la STS (Sala Civil) de 4 de diciembre de 2007, rec.4051/2000: «*el tribunal de apelación aporta argumentos aptos para considerar que existe un grado de probabilidad cualificada suficiente para establecer el nexo de causalidad con arreglo al canon que en casos similares ha sido adoptado por la jurisprudencia de esta Sala*». Vid. SSTS (Sala

Esta *teoría probabilística* tiene acogida en las SSTS (Sala C-A) de 20 de noviembre de 2012 y 10 de julio de 2012. El Alto Tribunal señala que «*será exigible que en el proceso queden identificadas con un cierto grado de posibilidad real, al menos, alguna o algunas causas de la lesión*. De forma que, de haber sido las causas reales, hubieran podido ser combatidas por el servicio sanitario eliminando o minorando el resultado final, siempre que la Administración no haya ofrecido explicaciones bastantes para excluirlas como posibles»²².

A mayor abundamiento, no faltan pronunciamientos que otorgan especial relevancia la «*prueba indiciaria o indirecta*», igualmente idónea en orden a la cumplida acreditación del hecho causante de las lesiones y la siempre exigible relación de causalidad, mediante una ponderación conjunta de todos los medios de prueba²³.

3. El daño

El perjudicado debe probar la existencia real de daños indemnizables derivados de la asistencia sanitaria prestada, imputables a la Administración sanitaria. El daño alegado por los particulares debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, pero «*debe estar, además, acreditado*»²⁴.

Puesto que el daño constituye la esencia de la responsabilidad patrimonial, se requiere que el reclamante pruebe de forma categórica su existencia. La efectividad del daño implica que ha de ser real y cierto. Se excluyen las meras especulaciones sobre perjuicios supuestos o meramente hipotéticos; los daños contingentes, potenciales o eventuales; los daños futuros en cuanto simplemente posibles, dudosos o presumibles, que no sean seguros en cuanto a su producción, así como el temor a sufrir un daño, sin que sea bastante la mera frustración de una expectativa²⁵.

Civil) de 15 de noviembre de 2004, rec.3138/1998; 10 de junio de 2004, rec.2354/1998; 18 de marzo de 2004, rec.18339/1998; 11 de abril de 2002, rec.711/1998.

²² Rec. 4891/2011 y rec.3243/2010, respectivamente. En el mismo sentido, STSJ de Las Palmas de Gran Canaria (Sala C-A) de 15 de abril de 2021, rec.184/2020; STSJ de La Coruña (Sala C-A) 126/2020, de 18 de marzo, rec.271/2019; STSJ de País Vasco (Sala C-A) 713/2014, de 17 de diciembre, rec.669/2013, entre otras.

²³ Esto sucede en la generalidad de los supuestos de las caídas en el ámbito hospitalario: Vid. STSJ de Madrid (Sala C-A) 191/2022, de 29 de marzo, rec.271/2021 o 682/2022, de 18 de noviembre, rec.378/2022.

²⁴ SSTS (Sala C-A) de 27 de junio de 2007, rec.4745/2003 o 23 de febrero de 2011, rec.2693/2009. Vid. RIVERO YSERN, E. (2018).

²⁵ STS (Sala C-A) de 27 de junio de 2007, rec.4745/2003: «[...] los mismos (daños) deben estar debidamente acreditados, sin que en ningún caso puedan admitirse los meramente hipotéticos, eventuales, futuros o simplemente posibles, así como los contingentes, dudosos o presumibles, sin que tampoco sea bastante la mera frustración de una expectativa. Es decir, que el detrimento patrimonial debe ser actual, constatable en la realidad y cierto». Vid. GALLARDO CASTILLO, M.J. (2021: 61-62).

Considera el Tribunal Supremo que «*los perjuicios hipotéticos no pueden ser objeto de indemnización al no ser efectivos*», sin perjuicio de que puedan ser reclamados cuando esa efectividad se produzca, pues «*nada impide que, de ser necesarios en el futuro, ello pueda motivar una reconsideración de la indemnización correspondiente*»²⁶.

En principio, se deniega la indemnización de «daños futuros», salvo que sean de producción indudable o necesaria, así como las atenciones futuras que, con seguridad, precisará el paciente. Efectividad no es sinónimo de actualidad.

Deberá indemnizarse el daño cuya producción sea «*indudable y necesaria por la anticipada certeza de su acaecimiento en el tiempo*»²⁷.

GALLARDO CASTILLO diferencia el «*daño futuro cierto*», indemnizable, del «*daño futuro hipotético*» o temor a sufrir un daño, no indemnizable²⁸. Dicha autora considera que el daño ha de ser efectivo también en la doctrina de la pérdida de oportunidad. Se requiere la certeza de que la probabilidad de obtener un mejor resultado, si se hubiesen seguido otros parámetros de actuación, esté irremediablemente truncada. Si sólo existiera la mera y vaga posibilidad de obtener una ventaja constituida por la curación, mayor supervivencia o calidad de vida no estaríamos ante un perjuicio actual, cierto y efectivo, sino de un perjuicio eventual o hipotético no merecedor de resarcimiento²⁹.

A. Lucro cesante

El lucro cesante (*lucrum cessans*) incluye el valor o importe de cualquier utilidad o ventaja patrimonial cuya adquisición se haya visto frustrada por la actuación deficiente de la Administración sanitaria. No será necesario que el incremento patrimonial susceptible de integrar el lucro cesante se haya concretado, ya que puede incluir

²⁶ Vid. STS (Sala C-A) de 27 de junio de 2007, rec. 4745/2003.

²⁷ STSJ de Asturias (Sala C-A) 250/2018, de 26 de marzo, rec.24/2018: «[...] es indispensable que el daño que se invoque [...] sea real y efectivo, por más que esta realidad o efectividad no solo hayan de tenerse por cumplidas cuando se trata de consecuencias lesivas pretéritas o actuales, sino también de futuro acaecimiento, pero, siempre que [...] sean de producción indudable y necesaria, por la anticipada certeza de su acaecimiento en el tiempo». Vid. STS (Sala C-A) de 27 de junio de 2007, rec.4745/2003.

²⁸ Vid. GALLARDO CASTILLO, M^a.J., (2022: Ponencia). Un daño futuro hipotético es el contemplado en la STS (Sala C-A) de 16 de julio de 2004, rec.7002/2000: el temor a ser infectado en un futuro por el virus de la hepatitis C por medio de los productos hemoderivados que se le suministran. El TS considera que «no es posible indemnizar un hipotético daño futuro», «los daños indemnizables, también los morales, deben ser reales y efectivos y es claro que no es el caso». Si en el futuro quien reclama la indemnización contrajera o se le detectara la enfermedad tendría entonces derecho al ejercicio de las acciones correspondientes

²⁹ GALLARDO CASTILLO, M^a.J. (2023: 69 y 78): «Se produce así una situación de coexistencia de un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Existe certeza en cuanto a la *oportunidad* que existiría 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, aun sin la interferencia de un tercero [...], no puede garantizarse que no se hubiera producido igualmente».

conceptos futuros, siempre que sean razonablemente verosímiles. Con estas precisiones, el lucro cesante puede ser actual o futuro, al igual que el daño emergente³⁰.

La jurisprudencia exige a quien reclama un lucro cesante una prueba plena que acredite la realidad de la ganancia esperada y no producida. 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 regula el lucro cesante en los supuestos de muerte (arts. 80 y ss.) y en el supuesto de secuelas del paciente (arts. 126 y ss.)³¹.

Además, el reclamante debe acreditar que su frustración fue consecuencia, directa o indirecta, del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos sanitarios. En cambio, la carga de la prueba de elementos de ruptura de dicho nexo causal pesará sobre la Administración demandada.

Por último, el reclamante debe acreditar su exacta cuantificación económica³². La jurisprudencia contenciosa, a fin de evitar que se produzca un enriquecimiento injusto, exige una prueba rigurosa respecto a la certeza de las ganancias frustradas. No se admiten las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, los resultados inseguros y eventuales o aquellos que dependan de circunstancias futuras aún no determinadas ni determinables (los denominados *sueños de ganancias*); en definitiva, los simplemente posibles y desprovistos de certidumbre³³.

En principio, los gastos derivados de la crianza de los hijos inesperados no constituyen un lucro cesante. No obstante, existiría un lucro cesante si se probase la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la manutención del hijo de recursos, en principio, no previstos para dichas finalidades. En estos

³⁰ Conforme al Dictamen 86/2019, de 24 de enero, del Consejo Consultivo de Andalucía no resulta indispensable la certeza absoluta sobre la ganancia futura, sino que basta una «alta probabilidad objetiva» que resulte de las circunstancias especiales del caso concreto. Vid. STS (Sala C-A) de 31 de marzo de 2009, rec.380/2005.

³¹ La Ley 35/2015 distingue el «lucro cesante en los supuestos de muerte» (arts. 80 y ss.) y el «lucro cesante en los supuestos de secuelas» (arts. 126 y ss.).

³² Vid. arts. 82 y ss. de la Ley 35/2015 en el caso de fallecimiento y arts. 128 y ss. en el caso de secuelas del paciente. La STS (Sala C-A) de 26 de marzo de 2012, rec.3531/2010, concede una indemnización de casi un millón de euros en concepto de lucro cesante atendiendo al trabajo realizado, los ingresos anuales y la expectativa normal de vida. Vid. GARNICA MARTÍN, J.F. (2011: 713 y ss.).

³³ STS (Sala C-A) de 31 de marzo de 2009, rec.380/2005: «Por lo que se refiere al lucro cesante la jurisprudencia viene exigiendo la certeza del mismo, que se manifiesta en la realidad de la actividad, desarrollo y rendimiento, de manera que no pueden considerarse como tal las aspiraciones, deseos y previsiones cuya materialización no resulte contrastada y constituya una mera eventualidad, pues, “como ganancias meramente posibles, pero inseguras, dudosas o contingentes, por estar desprovistas de certidumbre y carecer de prueba rigurosa, no es admisible su cómputo para fijar la indemnización reclamada [...] y que es necesaria la prueba que determine la certeza del lucro cesante».

supuestos, procede la indemnización por el lucro cesante consistente en el mayor coste de la crianza³⁴.

B. Daño moral

Cuando se alude a un daño derivado de la responsabilidad sanitaria, se entremezclan los perjuicios de carácter patrimonial con los daños extrapatrimoniales, inmateriales o morales: «*la pérdida de confianza, la pérdida de oportunidad, la desazón ante la falta de explicaciones y resultados, los meses de dolor no atendido o menospreciado, la impotencia y frustración por no entender lo que pasa y no encontrar respuesta en los facultativos [...] y actualmente por la situación en la que se encuentran*»³⁵.

Es el denominado «*pretium o pecunia doloris*»; concepto que reviste una categoría propia e independiente, comprensivo de los sufrimientos, angustias, temores, lesión del derecho a la autodeterminación, pérdida de oportunidad, entre otros. Su compensación —ya que no se puede reparar— responde a la obligación de indemnizar todos los daños sufridos hasta conseguir la reparación integral y, con ello, la indemnidad del interés o derecho lesionado.

En opinión de GALLARDO CASTILLO, no se puede caer en la tentación de conceder un daño moral en atención a un posible sufrimiento del paciente si no se ha solicitado porque conculcarían tres principios: el «*principio rogatorio*», el «*principio dispositivo*» y el «*principio de congruencia*»³⁶. El daño ha de ser alegado, como exige el art. 32.2 LSP: «2. *En todo caso, el daño alegado*».

Pareciere que la Ley 40/2015 entiende que únicamente son resarcibles los daños de carácter patrimonial, con exclusión los daños personalísimos porque el art. 34.2 LSP no hace referencia alguna al daño moral ni a su valoración.

A mayor abundamiento, los criterios establecidos en dicho precepto devienen absolutamente insuficientes e incluso inaplicables³⁷.

³⁴ GARNICA MARTÍN, J.F. (2011:732) diferencia daño emergente actual (el coste de los gastos de farmacia y de asistencia hospitalaria); lucro cesante actual (perjuicios derivados de la imposibilidad de trabajar mientras dura su situación de convalecencia); daño emergente futuro (los gastos para el tratamiento de sus secuelas); lucro cesante futuro (las ganancias dejadas de percibir como consecuencia de la incapacidad sufrida). Vid. STS (Sala C-A) de 19 de mayo de 2015, rec.4397/2010.

³⁵ STSJ de Madrid (Sala C-A) 688/2017, de 20 de noviembre, rec.210/2016. MONTAÑÉS CASTILLO, L.Y. (2011: 462-463) considera que, en el ámbito sanitario, los daños morales adquieren mayor relevancia que en otros ámbitos de actuación de la Administración Pública, en atención a los bienes afectados: la vida, la salud, la integridad física; aunque, a veces, su compensación se diluya en otros conceptos patrimoniales.

³⁶ Vid. GALLARDO CASTILLO, M.J. (2022: Ponencia). STS (Sala C-A) de 27 de mayo de 2011, rec.3829/2007: «*De ahí que la reparación afecte a todos los daños alegados y probados por los perjudicados*».

³⁷ Art. 34 LSP: «2. *La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes*

Por esa razón, MIR PUIGPELAT aconsejaba una referencia expresa tanto a los daños patrimoniales como morales, ya que estos, por definición, no cumplen el requisito exigido en el art. 32.1 LSP³⁸.

La jurisprudencia ha admitido la posibilidad de indemnizar los *daños morales*, pese a su evidente carácter extrapatrimonial, cuando se aleguen y se prueben por quien reclama.

El Tribunal Supremo³⁹ se inclina por realizar una valoración global que derive de una «*apreciación racional, aunque no matemática*», pues «*carece de parámetros o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes al caso*», reconociendo «*las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas*» en una suma dineraria. La inexistencia de parámetros, módulos objetivos e instrumentos aptos para medir el daño moral provoca que, para determinar el *quantum* indemnizatorio, los Tribunales hayan de aplicar una ponderación razonable y prudencial, que siempre tendrá un componente tan subjetivo como inevitable, optando por establecer una cantidad alzada ponderada⁴⁰.

CHAVES GARCÍA insiste en la excepcionalidad de la valoración «a ojo de buen cubero», particularmente en el caso de daños morales, cuestión difícil pero no imposible. Y ello porque, en el ámbito sanitario, se producen daños frecuentemente a título de pérdida de oportunidad y el baremo derivado de accidentes de tráfico se aplica a título orientativo, lo que deja manos libres al juez para fijar la indemnización por los perjuicios a tanto alzado, incluyendo los daños morales⁴¹.

Por último, conviene precisar que el «*daño psíquico*» es un daño distinto del daño moral. Este último implica una situación anímica derivada de un daño a la integridad física, pero no asimilable a una patología concreta. El daño psíquico, en cambio, se define en términos patológicos que se expresan por medio de lesiones neurológicas o del sistema nervioso que tienen repercusión y limitan la vida de la persona. Verbigracia: trastornos del sueño, problemas de conducta y personalidad, psicosis,

en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social».

³⁸ Vid. MIR PUIGPELAT, O. (2009: 52).

³⁹ STS (Sala C-A) 462/2018, de 20 de marzo, rec.2820/2016.

⁴⁰ Verbigracia: la producción de una lesión irreversible, edad del paciente, dependencia económica de sus familiares inmediatos, existencia de hijos menores, etcétera. Vid. HURTADO-DÍAZ GUERRA, I. (2018).

Vid. Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 109/2004, de 15 de abril. GARNICA MARTÍN, J.F. (2011:713 y ss.) alude a la «*insusceptibilidad de valoración económica*» del daño moral, que no se puede resarcir, sino únicamente compensar. Según CARAZA CRISTÍN, M.M. (2001: 271-308), además de la dificultad probatoria del daño moral dado que afecta a un bien jurídico inmaterial, el problema fundamental es su cuantificación económica ante la ausencia de criterios objetivos.

⁴¹ CHAVES GARCÍA, J.R. (2023:170-171).

adicciones, neurosis, paranoias, fobias, miedos, agresividad, abulias, deficiencias intelectivas, etc., derivados de un daño causado por otro; es decir, no innatas o producidas por uno mismo⁴².

4. El quantum indemnizatorio

El reclamante debe acreditar, hasta donde le sea posible, el *quantum* indemnizatorio tendente a lograr la reparación integral del daño, en virtud del principio de indemnidad⁴³.

La justificación de la cuantía indemnizatoria reclamada—usualmente, a través de Informes de Valoración del Daño Corporal—no puede realizarse de forma genérica, sino que debe explicitarse y razonarse pormenorizadamente, de forma objetiva. En dicha valoración no se puede prescindir de las patologías previas del paciente, sin nexo de causalidad con las secuelas derivadas de la actuación médica enjuiciada.

Aunque la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, prevé un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, anualmente actualizado —denominado baremo—, no es aplicable, ni aun por analogía, en el orden jurisdiccional contencioso administrativo.

El Tribunal Supremo ha proclamado reiteradamente que el baremo tiene un carácter meramente orientativo, no vinculante ni obligatorio, con la única finalidad de introducir criterios de objetividad en la determinación del *quantum*, sin que limite las facultades del órgano judicial en la concreción de la indemnización: «la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, pero siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, ya que debe precisarse y modularse al caso concreto en el que surja la responsabilidad patrimonial». No obstante, su aplicación debe ser íntegra, tanto en lo que beneficie como en lo que perjudique a quien lo invoca⁴⁴.

El art. 34 de la Ley 40/2015 introduce un importante párrafo segundo, autorizando que, cuando se trate de muerte o lesiones corporales, se pueda tomar como referencia la valoración incluida en los referidos baremos: «2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa,

⁴² STS (Sala C-A) de 16 de julio de 2004, rec.7002/2000.

⁴³ Vid. CHAVES GARCÍA, J.R. (2020:413): «La carga de la prueba de los daños y también, y hasta donde es posible, de su cuantificación corresponde a la parte reclamante» y CHAVES GARCÍA, J.R. (2023:170): «[El perjudicado debe] acreditar la realidad, la entidad y la evaluación del daño, pues debe indemnizarse, pero no provocar el enriquecimiento injusto del particular».

⁴⁴ STS (Sala C-A) de 14 de octubre de 2014, rec.2499/2013. STSJ de Castilla-León (Sala C-A), sede Valladolid, 1150/2022, de 24 de octubre, PO 30/2021: «[...] el baremo que resulta de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre [...] no es vinculante en esta jurisdicción, aun cuando pueda ser tomado en cuenta de manera orientativa»; STSJ de Castilla-La Mancha (Sala C-A) 66/2020, de 29 de mayo, rec.253/2019: «Ahora bien, su aplicación debe ser íntegra y no solo en los aspectos que las partes consideren más favorables a sus intereses».

y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social»⁴⁵.

A mayor abundamiento, la Disposición Adicional 3ª de la Ley 35/2015 contempla un futuro baremo sanitario indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria. Señala que el sistema de valoración regulado en dicha Ley «servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria». Sin embargo, sigue sin aprobarse un «Baremo sanitario», ampliamente reclamado por los operadores jurídicos⁴⁶.

En mi opinión, resulta urgente la aprobación de un *baremo específico* que contemple unas indemnizaciones adecuadas a las peculiaridades de la actividad sanitaria. Su importancia radica en que deberá compaginar unas indemnizaciones proporcionales al daño sufrido con criterios de racionalización que eviten riesgos para la sostenibilidad del sistema sanitario.

Según la STS (Sala C-A) 99/2021, de 28 de enero: «reclamada una indemnización en vía administrativa, puede modificarse en su cuantía en vía judicial en cuanto responda a los mismos hechos y causa de pedir, sin incurrir por ello en desviación procesal». La causa de pedir consistía en que el diagnóstico tardío del embarazo privó a la demandante de la posibilidad de decidir sobre su interrupción. Justifica el incremento de la indemnización solicitada por la inclusión de los daños morales y psicológicos ocasionados por el “embarazo no deseado”. No se modifica, por tanto, la *causa petendi* ni sus hechos determinantes, limitándose a completar la indemnización solicitada, incluyendo los daños morales derivados de la actuación médica cuestionada⁴⁷.

En suma, se pueden alegar en el escrito de demanda «nuevos motivos, nuevas razones o argumentos» para fundamentar las pretensiones ejercitadas, pero no suscitarse cuestiones nuevas. No cabe confundir «nuevo planeamiento de cuestiones», sobre las que

⁴⁵ STS (Sala C-A) 1217/2020, de 28 de septiembre, rec.23/2020: «[...] la Administración “podrá tomar como referencia” dicho baremo, es decir, ni se impone imperativamente ni, menos aún, de aceptarse ese recurso al baremo, deba ser aplicado en toda su pureza».

⁴⁶ MARTÍN CASALS, M. (2018:47 y ss.) recuerda que su elaboración se ha acometido en varias ocasiones sin éxito.

⁴⁷ Rec. 5982/2019. Esta doctrina jurisprudencial se reitera en la STS (Sala C-A) de 3 de octubre de 2023, rec.787/2020, continuación de la sentada por la STS (Sala C-A) 1696/2019, de 11 de diciembre, rec. 6651/2017: «No se incurre en desviación procesal cuando la parte pretende en su demanda un pronunciamiento que acija o estime las consecuencias o efectos jurídicos que se incluyeron en la reclamación administrativa y que derivan de la misma causa de pedir, aunque tales consecuencias o efectos hayan disminuido o aumentado cuantitativamente por razón del tiempo que transcurrió entre la fecha de la reclamación y la fecha en que es presentada la demanda». Vid. también STSJ Castilla-León (Sala C-A), sede Burgos, 17/2020, de 3 de febrero, rec.198/2018.

no se ha pronunciado la Administración, con «nuevos motivos» no aducidos en vía administrativa, conforme autoriza el art. 56.1 LJCA⁴⁸.

5. La interrupción de la prescripción

La parte reclamante debe acreditar que ha interrumpido el plazo anual prescriptivo previsto en el art. 67 de la Ley 39/2015: «*El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*». La doctrina del Tribunal Supremo postula una interpretación restrictiva de la prescripción, en virtud del «*principio favor victimae o principio pro actione*», en aras de facilitar el ejercicio de los derechos que corresponden al perjudicado⁴⁹. A sensu contrario, —señala GALLARDO CASTILLO— se impone una interpretación generosa de las causas de interrupción de la prescripción o, al menos, no restrictiva; singularmente en el ámbito de las denominadas «prescripciones cortas», como la prescripción anual para el ejercicio de esta acción de responsabilidad patrimonial de la Administración⁵⁰.

La prescripción se interrumpe en virtud de «reclamaciones (en cualquier orden) que, manifiestamente, no aparezcan como inidóneas o improcedentes, siempre que comporten una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles».

Y sólo alcanzan eficacia interruptiva aquellas actuaciones reveladoras de que el trámite procesal avanza, superando la inactivación y la parálisis⁵¹.

La solicitud, para que goce de efectos interruptivos, debe identificar la lesión y la asistencia sanitaria prestada, ex art. 66 de la Ley 39/2015. Además, conforme

⁴⁸ Art. 56.1 LJCA: 1. «*En los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración*». Vid. STS (Sala C-A) 24/2018, de 15 de enero, rec.2786/2016 y STC 58/2009, de 9 de marzo, rec.7914/2005. En relación con la desviación procesal, vid. BARRIOS MANRIQUE LARA, F. (2024: 249-266) y CHAVES GARCÍA, J.R. (2020: 199).

⁴⁹ SSTs (Sala C-A) de 24 de mayo de 2010, rec.644/2006; 14 de marzo de 2007, rec.262/2000; 6 de mayo de 2009, rec.292/2005. Vid. también la STSJ de Asturias (Sala C-A) de 30 de mayo de 2022, rec.550/2020.

⁵⁰ GALLARDO CASTILLO, M^a. J. (2021:195-197). STS (Sala C-A) de 2 de marzo de 2010, rec.3994/2005: «*En definitiva, no se justifica la determinación de las secuelas definitivas de la perjudicada como consecuencia de la caída en cuestión, con la certeza necesaria para limitar en el tiempo el ejercicio de la acción de responsabilidad por los afectados, limitación que por su propia naturaleza debe interpretarse en sentido restrictivo*». Vid. también STSJ de Madrid (Sala C-A) de 24 de junio de 2008, PO 81/2006: «*[...] aun teniendo plenamente presente que la prescripción, como limitación al ejercicio tardío de los derechos, en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una interpretación rigorista por tratarse de una institución que debe merecer un tratamiento restrictivo*».

⁵¹ Sirvan como ejemplo las SSTs (Sala C-A) de 29 de marzo de 2012, rec.431/2009; de 17 de octubre de 2010, rec.901/2009 y de 11 de diciembre de 2009, rec.572/2007.

al art. 67.2 de dicha Ley: «en la solicitud que realicen los interesados se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante»⁵².

Conviene precisar que el escrito de queja formulada mediante un «formulario de sugerencias, quejas, reclamaciones y agradecimientos», manifestando la disconformidad con la asistencia recibida no es equiparable a una «reclamación» de responsabilidad patrimonial. Ha de señalarse que, en el reverso de este formulario, se hace constar que «las sugerencias, quejas, y reclamaciones formuladas no tendrán en ningún caso la calificación de recursos administrativo, ni su presentación suspenderá los plazos establecidos en la normativa vigente»⁵³.

Tampoco constituyen una acción idónea, a los efectos de interrumpir el plazo de prescripción, la simple solicitud de la historia clínica del paciente⁵⁴ o la presentación de un escrito limitado a comunicar la intención de formular una reclamación futura con el objeto de interrumpir la prescripción, ya que dicho plazo podría alargarse artificialmente sin límite alguno, lo que pugnaría con el principio de seguridad jurídica⁵⁵.

Conviene también dejar sentado que la interrupción de la prescripción significa que el «*tempus praescriptionis*» debe comenzar a contarse, de nuevo, por entero. Con el acto interruptivo se inicia un nuevo período de prescripción, de manera que la prescripción admite un número ilimitado de actos de interrupciones sucesivas,

⁵² CHAVES GARCÍA, J.R. (2023: 170).

⁵³ Vid. STSJ de Castilla-León (Sala C-A) 263/2022, de 2 de marzo, rec.346/2021: «El art. 8 del Decreto 40/2003, que regula las Guías de información al usuario y los procedimientos de reclamación y sugerencia en el ámbito sanitario en Castilla y León, establece que las reclamaciones o quejas que regula no tienen la naturaleza de recursos administrativos, reclamaciones previas al ejercicio de acciones judiciales, reclamaciones por responsabilidad patrimonial ni reclamaciones económico-administrativas»; SJCA nº 24 de Madrid 90/2023, de 24 de abril, PA 344/2022: las simples manifestaciones de disconformidad con la atención médica dispensada («reclamación» formulada ante el Servicio de Atención al paciente) no resultan equiparables a una reclamación sobre responsabilidad patrimonial. Vid. STSJ de Murcia (Sala C-A) 203/2017, de 8 de junio, rec.209/2015.

⁵⁴ STSJ de Cantabria (Sala C-A) 209/2023, de 30 de mayo, rec.82/2019: «[...] no puede derivarse de ello una reclamación patrimonial que interrumpa el plazo del año porque se limitó a una solicitud de documentos y no puede derivarse de ello reclamación patrimonial alguna».

⁵⁵ Vid. SSTs (Sala C-A) 894/2022, de 30 de junio, rec.5031/2021, 24 de abril de 2018, rec.4707/2016. Vid. también la STSJ de Asturias (Sala C-A) 287/2022, de 28 de marzo, rec.13/2022: «[...] el escrito presentado por el apelante no contiene una reclamación de responsabilidad patrimonial sino el anuncio de que la hará en el futuro. Por ello, el escrito que reitera la denuncia que contenía el anuncio de una reclamación futura tampoco produce efectos interruptivos de la prescripción».

sin restricción temporal alguna, siempre que no se produzcan intervalos de tiempo superiores al plazo anual⁵⁶.

Asimismo, los Tribunales, al analizar la idoneidad de concretas actuaciones para interrumpir la prescripción, precisan que la solicitud de Diligencias preliminares ante la jurisdicción civil para la obtención de la historia clínica y la póliza de responsabilidad civil de la compañía aseguradora de la Administración carece de efectos interruptivos en el orden patrimonial⁵⁷.

La eficacia interruptiva de un proceso penal previo opera cuando las diligencias penales se instruyen por los mismos hechos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración; salvo renuncia a la acción de responsabilidad subsidiaria frente a la Administración o que la fijación de los hechos, en vía penal, no tenga ninguna trascendencia en vía patrimonial. Obviamente, no tendrá ningún efecto la incoación de un procedimiento penal en el que la Administración no ha sido parte⁵⁸.

Si entre la fecha de notificación del auto de archivo definitivo del proceso penal previo (*dies a quo*) y la interposición de una acción civil o reclamación patrimonial ha transcurrido el plazo anual, la acción habrá prescrito. La falta de notificación al perjudicado del auto de archivo definitivo impide que corra el plazo prescriptivo. Asimismo, el proceso penal nunca convalida una prescripción ya ganada. La posterior incoación de una reclamación patrimonial o una acción civil no subsana el hecho de que ya hubiera transcurrido el plazo prescriptivo anual computado desde el conocimiento de la clausura del procedimiento penal⁵⁹.

La declaración de incapacidad laboral o las resoluciones de invalidez permanente, total o absoluta, o de gran invalidez carecen de virtualidad para interrumpir el plazo de prescripción cuando impliquen un reconocimiento de secuelas ya estabilizadas porque, desde el informe médico, no se ha producido evolución o cambio

⁵⁶ STSJ de Extremadura (Sala C-A) de 30 de marzo de 2010, PO 352/2009.

⁵⁷ Vid. STS (Sala C-A) 894/2022, de 30 de junio, rec.5031/2021. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Murcia (Sala C-A) 493/2023, de 16 de octubre, rec.683/2021. Vid. ADAN DOMENECH, E. (2023).

⁵⁸ GALLARDO CASTILLO, M^a J. (2021: 200-203).

⁵⁹ STS (Sala C-A) de 14 de mayo de 2020, rec.6365/2018, con expresa mención a la STSJ de Madrid (Sala C-A) de 3 de marzo de 2014, rec.1057/2011. En el mismo sentido, la STSJ de Castilla-León (Sala C-A) de 6 de febrero de 2015, PO 1566/2011: «[...] *el ejercicio de una acción penal claramente interrumpirá ese plazo, si bien deberá verificarse que se trata de los mismos hechos por los que se reclama en vía administrativa*», «la posible pendencia de un procedimiento penal puede interrumpir el plazo de prescripción, pero no convalida la prescripción ya producida, ya ganada». Vid. STSJ de Madrid (Sala C-A) de 4 de marzo de 2015, PO 1108/2012 y STS (Sala C-A.) 407/2020, de 14 de mayo, rec.6365/2018.

significativo en las secuelas; salvo que dichas resoluciones fijen, de forma definitiva, los efectos del quebranto⁶⁰.

En el ámbito sanitario es muy frecuente que los Tribunales acudan a la valoración realizada por el Equipo de valoración de incapacidades (EVI) del Instituto de la Seguridad Social (INSS) cuando constituye el primer momento de estabilización lesional⁶¹.

En cambio, comporta eficacia interruptiva la demanda social⁶², así como la demanda civil contra la Administración, «salvo que sea manifiestamente inadecuada», que finalizó en una declaración de incompetencia de la jurisdicción civil, seguida de una reclamación patrimonial en el plazo anual desde la notificación del auto de incompetencia⁶³. La acción civil será «manifiestamente improcedente» si se entabla cuando ya no podía existir duda interpretativa ni en los Tribunales ni en la doctrina procesalista sobre la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo⁶⁴.

No se puede entender que constituya causa de interrupción la demora del perito desde que se le envía la documentación hasta la entrega del informe pericial, máxime cuando en dicho informe no se consigna razón alguna impeditiva o que pudiese arrojar luz sobre la demora. El tiempo dedicado para la obtención de un *dictamen preprocesal* no enerva que quedase previamente determinado el alcance de las secuelas⁶⁵.

⁶⁰ STS (Sala C-A) de 13 de marzo de 2012, rec.6289/2010 o STS (Sala C-A) 463/2019, de 4 de abril, rec.4399/2017: «el “dies a quo” para el cómputo del plazo de un año para el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial por daños físicos o psíquicos se iniciará en la fecha de la curación o de la estabilización, con conocimiento del afectado, de las secuelas, con independencia y al margen de que, con base en esas mismas secuelas, se siga expediente de incapacidad laboral, cualquiera que sea su resultado administrativo o judicial».

En el mismo sentido, vid. SSTSJ de Castilla-León (Sala C-A), sede Valladolid, 1364/2022, de 2 de diciembre, PO 289/2021 o 1120/2019, de 30 de septiembre, PO 802/2017. Vid. también la STS (Sala C-A) 463/2019, de 4 de abril, rec.4399/2017.

⁶¹ STSJ de Madrid (Sala C-A) 609/2023, de 30 de marzo, PO 217/2021: «[...]debemos partir como dies a quo para el cómputo del plazo prescriptivo el 28 de enero de 2019 cuando [...] el INSS, tras nueva valoración del EVI, acuerda mantener el grado de incapacidad permanente en total ya reconocido».

⁶² La STS (Sala C-A) de 7 de octubre de 2009, rec.1207/2005, fijó el día inicial del cómputo de la prescripción en la fecha de notificación al demandante de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que desestimó su recurso de suplicación.

⁶³ STS (Sala C-A) de 21 de marzo de 2000, rec.427/1996: «La interrupción del plazo de prescripción de un año se produce [...] por la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada». Vid. STS (Sala C-A) de 11 de octubre de 2004, rec.240/2003.

⁶⁴ STSJ de las Palmas de Gran Canarias (Sala C-A) de 3 de junio de 2011, rec.214/2010.

⁶⁵ Vid. STS (Sala C-A) de 18 de octubre de 2011, rec.5097/2007 o STSJ de Navarra (Sala C-A) de 18 de octubre de 2011, rec.5097/2007.

Igualmente, carece de eficacia interruptiva la solicitud de asistencia jurídica gratuita porque, para la interposición de la reclamación en vía administrativa, no se precisa asistencia jurídica⁶⁶.

Con relación a los burofaxes y telegramas, tendrán la consideración de reclamación si contienen el lugar, momento y circunstancias en que se produjo el daño; identidad del perjudicado; entidad y alcance de los daños; una concreta pretensión indemnizatoria y una motivación (arts. 66.1 y art. 67.2 LPAC).

Asimismo, conforme al art. 43 LCS, el crédito que adquiere al asegurador, merced a la acción subrogatoria, es idéntico al que tenía el asegurado frente a tercero, sin que el hecho de la subrogación suponga una interrupción del plazo prescriptivo, pues ello perjudicaría al tercero responsable⁶⁷.

En cambio, la reclamación dirigida ante el centro concertado interrumpe el cómputo el plazo prescriptivo frente a la Administración⁶⁸. Igualmente, la acción civil ejercitada contra una Mutua interrumpe el plazo de prescripción para reclamar en vía administrativa⁶⁹.

La acción civil ejercitada exclusivamente contra la compañía aseguradora de la Administración no interrumpe la prescripción frente a la Administración sanitaria. La Compañía de seguros y Administración sanitaria responden solidariamente del daño causado al perjudicado, pero es una *solidaridad impropia* por cuanto dimana de la naturaleza del ilícito causante del daño y de la pluralidad de sujetos a los que el perjudicado puede reclamar. La eficacia interruptora prevista en el art. 1974 del CC sólo es aplicable a los supuestos en los que entre los deudores existe una relación de solidaridad propia⁷⁰.

Una vez establecido el alcance definitivo de la enfermedad y sus secuelas, los tratamientos posteriores –paliativos o rehabilitadores–, encaminados a obtener una

⁶⁶ Vid. STSJ de Castilla-La Mancha (Sala C-A) 204/2020, de 10 de julio, rec.372/2018. Vid. arts. 66 y 67 de la Ley 39/2015.

⁶⁷ Art. 43 LCS: «El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización». Vid. STSJ de Castilla y León (Sala C-A) de 28 de septiembre de 2001, rec.1447/1997.

⁶⁸ STS (Sala C-A) de 23 de abril de 2008, rec.2911/03: «[...] la reclamación dirigida al ente concertado, en su condición de representante o mandatario de la sanidad pública en el ejercicio de sus funciones, ha de tener los mismos efectos que la efectuada a la Administración pública y, en consecuencia, los requerimientos efectuados a dicha entidad, a quien la Administración encomienda la asistencia sanitaria, tienen efectos interruptivos de la prescripción».

⁶⁹ STS (Sala C-A) de 17 julio 2012, rec.4152/11.

⁷⁰ STSJ de Castilla-León (Sala C-A), sede Valladolid, 1364/2022, de 2 de diciembre, PO 289/2021.

mejor calidad de vida o a evitar ulteriores complicaciones en la salud o la progresión de la enfermedad no enervan la situación objetiva de la lesión, enfermedad o secuela⁷¹.

Por último, por aplicación de la DA 3ª del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma, los plazos administrativos y de prescripción de acciones se suspendieron o interrumpieron durante crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, situación que se mantuvo hasta el 1 de junio de 2020⁷².

6. Responsabilidad concurrente de varias administraciones

Corresponderá al reclamante acreditar la concurrencia de varias Administraciones sanitarias en la producción del daño. Con antecedente en el art. 140 de la Ley 30/1992, el art. 33 de la Ley 40/2015 (LSP) regula la responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas, cuyo supuesto de hecho descansa en la posibilidad de que los daños ocasionados deriven de actuaciones u omisiones atribuibles a más de una Administración⁷³.

A tenor de lo dispuesto en el art. 33 LSP, referido al ámbito sanitario, puede suceder que el daño derive de acuerdos de gestión conjunta entre varias Administraciones Públicas sanitarias, en cuyo caso la responsabilidad frente al perjudicado será solidaria. Una de ellas asumirá el resarcimiento íntegro del daño, con independencia de que, posteriormente, el montante indemnizatorio sea distribuido entre todas las Administraciones que, de forma concurrente, contribuyeron a la producción de la lesión. Esta distribución se ejecutará conforme establezca el instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta en cuya realización se produjo el daño (art. 33.1 LSP).

En este supuesto, las Administraciones deben probar, en su caso, la existencia de instrumentos de actuación conjunta y la forma en que cada una ha intervenido.

Cuando el daño obedezca a la participación de más de una Administración, sin que derive de fórmulas conjuntas de actuación más o menos formalizadas, la

⁷¹ STS (Sala C-A) de 3 de noviembre de 2014, rec.4317/2012: «En este caso, consta en el expediente administrativo que las citadas secuelas y lesiones que sufre el menor quedaron ya objetivadas en el informe de alta emitido por el Servicio de Neonatología del Hospital [...] de fecha 28 de octubre de 2006 [...] los informes de revisión que figuran en el expediente mantienen siempre el mismo diagnóstico y secuelas y lo único que se recoge en ellos es el tratamiento rehabilitador que se sigue con el menor con la finalidad de mejorar su calidad de vida ante las gravísimas lesiones que sufre».

⁷² Art.9 del RD 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma, derogando la DA 3ª del RD 463/2020, con efectos desde el 1 de junio de 2020. Vid. STSJ Madrid (Sala C-A) 747/2022, de 30 de septiembre, rec.1099/2021.

Vid. MARTÍN LORENZO, B. y GARCÍA BLANCO, J. (2022: 20-38); ZABALLOS ZURILLA, M. (2022: 39-54); DOMÉNECH PASCUAL, G. (2022:102-109); DE LA CRUZ LÓPEZ, P. y MOLL FERNÁNDEZ-FIGARES, L.S. (Dirs.) (2021); MEDIÁVILLA CABO J.V. (2020).

⁷³ DE AHUMADA RAMOS, F.J. (2009: 572) apunta la conveniencia de ejercitar las acciones contra todas las Administraciones implicadas.

responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. Subsidiariamente, la responsabilidad será también solidaria (art. 33.2 LSP)⁷⁴.

Esta cuestión fue objeto de certero análisis por MIR PUIGPELAT, proponiendo que el legislador extendiera la *responsabilidad solidaria* a todos los supuestos, pues otorgaría una mayor seguridad jurídica a los perjudicados. Asimismo, reclamaba una regulación más explícita de los supuestos de *causalidad anónima* en los que no es posible identificar la Administración responsable, con la finalidad de impedir que la actuación concurrente de varias Administraciones –local, autonómica, estatal, comunitaria o internacional– permita que se diluyan las responsabilidades⁷⁵.

III. CARGA DE LA PRUEBA DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

Constituye carga procesal de la Administración probar los hechos impositivos, extintivos o excluyentes de la pretensión de la parte actora (art. 217.2 LEC), siendo admisibles tanto las pruebas directas como las indirectas. Conforme a lo expuesto, estas reglas deben cohonestarse con el «*principio de facilidad probatoria*» (cuando a una de las partes le resulta fácil probar el hecho controvertido y no lo hace) y con el de la «*posibilidad probatoria*» (no es posible exigir pruebas que resulten difíciles o de imposible realización)⁷⁶.

Merece un análisis detallado la carga de la prueba de la Administración en los procesos de responsabilidad sanitaria:

1. La ruptura del nexo causal

Los hechos que pueden determinar la ruptura del nexo causal quedan reservados a la fuerza mayor y la culpa exclusiva del paciente o de un tercero en la producción del daño, siempre que estas circunstancias hayan sido la única causa determinante de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.

A. Fuerza mayor

Una de las causas que exonera a la Administración de responder por la lesión causada a un particular es la existencia de fuerza mayor, cuya prueba incumbe a la

⁷⁴ Vid. STS (Sala C-A) 1653/2019, de 2 de diciembre, rec.6633/2018, en relación con la concurrencia de Administraciones Públicas en la producción del daño. Vid. PALOMAR OLMEDA, A, y FUERTES, F.J. (2023) o el Informe emitido por BUEYO DIEZ JALÓN, M., (2020). *Responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas en la gestión de las medidas adoptadas por la crisis sanitaria COVID-19*.

⁷⁵ Vid. MIR PUIGPELAT, O (2009: 51) y MIR PUIGPELAT, O. (2008).

⁷⁶ STSJ de Castilla-León (Sala C-A), sede Valladolid, 57/2023, de 24 de enero, PO 862/2021 o 237/2021, de 4 de marzo, PO 73/2019, entre otras.

Administración⁷⁷. El art. 32.1 LSP y el art. 106 CE exigen, para que la lesión sufrida por el particular sea resarcible, que no se haya producido como consecuencia de fuerza mayor. El art. 1105 CC define la fuerza mayor: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables».

MIR PUIGPELAT, en su propuesta de reforma de la responsabilidad de la Administración, propugnaba que la cláusula exonerativa de la fuerza mayor tuviera una mayor precisión legal porque se menciona sin ninguna concreción; laguna legal que, de nuevo, debe ser suplida por la jurisprudencia⁷⁸.

El Tribunal Supremo reconoce que la fuerza mayor es la «única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente» de la responsabilidad⁷⁹.

En el ámbito administrativo, la doctrina se ha esforzado en delimitar con claridad el concepto de fuerza mayor respecto al caso fortuito, acudiendo al criterio de la *interioridad o exterioridad* del acaecimiento que produjo el daño⁸⁰.

Conforme a la jurisprudencia, la fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes. En el caso fortuito hay *indeterminación* porque la causa productora del daño es desconocida e *interioridad* porque el evento está directamente conectado al funcionamiento de la organización. Se define el caso fortuito como «evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza o consistencia de sus elementos, con causa desconocida» (verbigracia: la avería de un TAC o de una resonancia).

En la fuerza mayor, en cambio, hay *irresistibilidad*, en cuanto daño inevitable, insuperable e irresistible y *exterioridad* porque la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio (verbigracia: guerras, terremotos, tempestades). En suma, la ex-

⁷⁷ STS (Sala C-A) de 9 de diciembre de 2008, rec.6580/2004: «Ello es distinto de los supuestos en que se invoca la existencia de fuerza mayor o en general la ruptura del nexo causal como causa de exoneración de la responsabilidad de la Administración, que ésta debe acreditar para que tal causa de exoneración resulte operativa».

⁷⁸ MIR PUIGPELAT, O. (2009:47-48).

⁷⁹ STS (Sala C-A) de 19 de diciembre de 2014, rec.3939/2013: «La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor -única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente-, a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte».

⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T-R. (2022: 419-420) definen la fuerza mayor por su *irresistibilidad* («Cuius humana infirmitas resistere non potest») y *exterioridad*. MONTAÑÉS CASTILLO, L.Y. (2011:487) considera que, en la fuerza mayor, el evento dañoso es *extraño* a la organización y a la actividad del servicio público —realmente insólito y extraño al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio— y excede de sus riesgos propios. En cambio, el caso fortuito tiene un origen interno, *intrínseco* al funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, consistencia o desgaste de sus elementos, de causa desconocida.

clusión legal de responsabilidad expresa de la Administración en los supuestos de «fuerza mayor» implica que responderá la Administración Pública por los supuestos de «caso fortuito»⁸¹.

B. Intervención exclusiva del paciente o de un tercero

La intervención exclusiva de perjudicado exonera a la Administración de responsabilidad, al igual que la interferencia de terceros si se erige en causa exclusiva del daño. La LSP no alude a la denominada «*culpa de la víctima o de un tercero*» como factor de exclusión de responsabilidad patrimonial de la Administración, pese a que su ausencia ya fue denunciada por MIR PUIGPELAT⁸².

La jurisprudencia, subsanando dicha omisión, añade como causas excluyentes de responsabilidad: «*la intencionalidad de la víctima en la producción o padecimiento del daño o su gravísima negligencia y la intervención de un tercero como agente activo, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla*»⁸³.

Existirá intervención exclusiva del paciente en los supuestos de abandono del tratamiento pautado, desatención de instrucciones facultativas, ocultación a la sanidad pública del resultado de una prueba trascendental, etcétera⁸⁴.

En otras ocasiones, el daño se debe a causas endógenas o intrínsecas a la salud del propio paciente (estado previo, hábitos); a la enfermedad sufrida o al tratamiento médico pautado, necesario por su finalidad terapéutica, del que ha sido debidamente informado (verbigracia, los derivados del tratamiento de radioterapia o quimioterapia del tumor diagnosticado)⁸⁵.

⁸¹ SSTs (Sala C-A) de 28 de octubre de 2004, rec.5564/2000, entre otras. La STSJ de Castilla-León (Sala C-A), sede Valladolid, 1110/2021, de 21 de octubre, rec.164/2020, precisa: «[...] no fue posible que llegara la ambulancia de soporte vital básico -demandada por la médico del Centro de Salud -, pues ante la existencia de una fuerte nevada de más de 40 centímetros de altura permaneció bloqueada en dicho municipio». Conforme a la SAN (Sala C-A) de 24 de mayo de 2000, rec.435/1998: «[...] el carácter fortuito del hecho causante de una lesión no excluye la responsabilidad patrimonial». Vid. CUETO PÉREZ, M. (2013:1076 y ss.).

⁸² MIR PUIGPELAT, O. (2009: 48-49).

⁸³ STS (Sala C-A) de 29 de marzo de 2006, rec.271/2002.

⁸⁴ STSJ de Madrid (Sala C-A) 99/2023, de 30 de enero, PO 487/2021b: «[...] fue el recurrente el que, tras esa primera cita en el mentado Centro de Salud el 26/7/11, no volvió acudir a consulta hasta el año 2014»; STSJ de Murcia 90/2022, de 18 de marzo, rec.177/2020: «[...] pese a que el primer facultativo que atendió al reclamante en Urgencias del Centro de Salud le indicó que acudiera al hospital, el paciente hizo caso omiso de tal indicación»; STSJ Murcia (Sala C-A) 381/2019, de 12 de julio, rec.387/2017: el paciente decidió abandonar el centro de salud, dejando transcurrir más de tres horas hasta que, de nuevo, requirió asistencia médica urgente; demora causante del fallecimiento.

⁸⁵ STSJ de Madrid (Sala C-A) 180/2021, de 5 de marzo, rec.1209/2019: «La paciente es informada y que firma el consentimiento informado, en el que se especifica que generalmente es necesario añadir un tratamiento complementario con radioterapia, quimioterapia y hormonoterapia, así como que pueden ocurrir complicaciones tales como infecciones postoperatorias, seromas, contracturas cicatriciales, etc.»; STSJ de Madrid (Sala C-A) 158/2023, de 15 de febrero,

Sin llegar a la desestimación de la demanda, la patología del paciente también puede reducir el importe de la indemnización. La STS (Sala C-A) de 17 de julio de 2012 concluye que no cabe imputar todo el cuadro secuelar al olvido del material quirúrgico, pues el actor padecía una patología de base previa (hernia discal a nivel de L4-L6) de suficiente entidad para moderar la responsabilidad derivada de la presencia de un material ajeno⁸⁶.

La Administración tampoco será responsable cuando la ruptura del nexo causal obedece a la *intervención exclusiva de un tercero*. Verbigracia: pérdida de visión derivada de un producto sanitario defectuoso, autorizado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, cuya toxicidad se descubre con posterioridad a su utilización, siempre que la actuación médica respete la *lex artis*, en cuyo supuesto la responsabilidad deberá recaer en el laboratorio. MIR PUIGPELAT destaca que la normativa legal sólo contempla la posibilidad de que dichos terceros sean otras Administraciones Públicas (art. 33 LSP)⁸⁷.

Cuando acontezca una *concurrency de concausas* imputables, unas a la Administración y otras a personas ajenas (empresa contratista, centro concertado, laboratorio, sujetos privados, el propio paciente, etcétera), la Administración deberá acreditar que la lesión no es consecuencia exclusiva de su actuación u omisión, al objeto de que se atempere la indemnización reclamada.

2. La inexistencia de daño o su defectuosa evaluación económica

Corresponderá a la Administración acreditar la ausencia de daño derivado de la asistencia prestada o de la organización sanitaria⁸⁸.

En la prueba de la valoración del daño revisten gran importancia los informes periciales de valoración del daño corporal (IVDC) para determinar las secuelas, el grado de limitación que ocasionan, si la secuela es temporal o definitiva, las posibilidades de rehabilitación, etc. El paciente está obligado a prestar la colaboración

rec.524/2020: «[...] ante la idoneidad y corrección de las técnicas médicas recibidas, el presente daño no es calificable de lesión antijurídica, sino como lamentable realización de un riesgo conocido e inherente a la propia dolencia previa que la demandante tiene obligación de soportar»; STSJ de Galicia (Sala C-A) 668/2022, de 21 de septiembre, rec.292/2011: «[...] las complicaciones aparecen a nivel diferente al intervenido, como ocurre con las hernias L3-L4 y L5-S1, ya que se trata de un proceso degenerativo propio del paciente que hubiera desarrollado independientemente de la intervención quirúrgica».

⁸⁶ Rec. 4152/2011.

⁸⁷ Vid. STS (Sala C-A) 232/2022, de 23 de febrero, rec.2560/2021 y MIR PUIGPELAT, O. (2009:49).

⁸⁸ STSJ de Madrid (Sala C-A) 318/2023, de 29 de marzo, rec.1112/2021: «Buena prueba de la correcta actuación, una vez que se detectó el problema, es que fue solucionado y que la actora no presenta daño alguno derivado de la complicación de la lesión vesical ni de la fistula vesicovaginal, tal y como se recoge en el informe de alta elaborado por el servicio de urología».

necesaria para un eventual reconocimiento médico, de conformidad con el art. 37 de la Ley 35/2015⁸⁹.

En mi opinión, no debería admitirse por los órganos judiciales que los peritos valoradores del daño corporal, sin especialidad médica concreta en la materia objeto del pleito, se pronuncien en relación con la adecuación o no a la *lex artis*. Esta desviación vicia el debate y es susceptible de confundir al Juzgador.

Así lo ha reconocido la STS (Sala C-A) 700/2018, de 26 de abril⁹⁰, al señalar que los informes periciales emitidos por médicos valoradores del daño corporal podrán servir para valorar las secuelas, pero no están emitidos por médico con titulación adecuada para poder concluir la mala praxis médica o su relación de causalidad con las secuelas. Por ello, la sentencia extrae unas conclusiones que confronta, exclusivamente, con las de los informes periciales emitidos por médicos de adecuada titulación.

La fijación del *quantum* de la indemnización corresponde exclusivamente al Tribunal de instancia, no pudiendo ser revisada en casación, salvo que la cuantía sea arbitraria o se haya omitido algún concepto indemnizable⁹¹.

3. La prescripción de la reclamación

Le corresponderá a la Administración acreditar la prescripción de la reclamación y a la parte reclamante la debida interrupción de la misma.

Cuando se trata del ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración Pública sanitaria presuntamente responsable del daño, impugnando la Resolución expresa o el acto presunto por silencio administrativo, es aplicable el plazo prescriptivo anual previsto en el art. 67.1 LPAC: «*1. Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*»⁹².

Conforme a la «*doctrina de la actio nata*», el cómputo el plazo anual para el ejercicio de la acción sólo comienza cuando quien la puede ejercitar ha tenido un cono-

⁸⁹ Vid. art. 37 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, *Necesidad de informe médico y deberes recíprocos de colaboración*, y art.38. *Momento de la determinación de las circunstancias para la valoración del daño*.

⁹⁰ Rec. 3424/2015.

⁹¹ STS (Sala C-A) de 9 de febrero de 2.005, rec.3955/2000.

⁹² En relación con la obligación de la Administración de resolver, vid. RIVERO ORTEGA, R. (2006:236-290) o RIVERO ORTEGA, R. y RIVERO YSERN, E. (2011: 985-1004).

cimiento cierto y efectivo del resultado lesivo estabilizado. Según doctrina uniforme de la Sala Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo:

En los daños continuados (verbigracia, SIDA o lesión nerviosa sujeta a rehabilitación) el quebranto de la salud se manifiesta “día a día”, de manera prolongada en el tiempo, no pudiendo medirse al inicio las consecuencias para la salud. El *dies a quo* será aquel en que el reclamante tenga conocimiento de los efectos definitivos de una lesión: «desde el día en que cesan los efectos del quebranto» o las secuelas se «conozcan definitivamente»⁹³.

En los daños permanentes (verbigracia, amputación o encefalopatía hipóxico-isquémica), el *dies a quo* será aquel en que el reclamante tiene conocimiento de que las «secuelas» –no los «*padecimientos o manifestaciones*» derivados de ellas– han quedado perfectamente determinadas con carácter irreversible e inalterable.

Por tanto, no se pueden confundir los términos «*secuela*» (encefalopatía) y «*padecimiento o manifestación*» (retraso psicomotor, epilepsia, convulsiones, parálisis cerebral, etcétera) derivados de aquella. La secuela hace referencia a un resultado consolidado e irreversible, no sujeto a tratamiento, mientras que los «*padecimientos*» evolucionan en el tiempo, siendo susceptibles de tratamiento.

En relación con una encefalopatía de un recién nacido, la STS (Sala C-A) de 18 de enero de 2008⁹⁴ indica: «carece de fundamento el loable intento que efectúa la representación de la actora en orden a convencer a la Sala de que estamos en presencia de un daño continuado y no de un daño permanente, ya que los argumentos de la recurrente parten de una inequívoca confusión entre secuelas y padecimientos [...] que, lamentablemente, derivan de ellas y que, ciertamente, evolucionan en el tiempo».

Con relación a la prescripción de la acción ejercitada, invocable a instancia de parte, cabe plantear: ¿se puede alegar por las partes la prescripción *ex novo* en el escrito de conclusiones? La respuesta ha de ser negativa.

De acuerdo con los artículos 33.1 y 65 LJCA, los órganos contencioso-administrativos juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamentan el recurso y la oposición, sin que puedan plantearse en el escrito de conclusiones cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación.

⁹³ STS (Sala C-A) de 24 de febrero de 2015, rec.661/2013: «Los continuados son los que no se agotan en un momento y van evolucionando, de forma que el plazo de prescripción permanece abierto y sólo se iniciará su cómputo cuando haya base para tener por concretado definitivamente el alcance de las secuelas». Vid. SSTs (Sala C-A) de 29 de noviembre de 2011, rec.4647/2009 o de 28 de junio de 2011, rec.6372/2009.

⁹⁴ Rec. 4224/2002.

Finalmente, he de señalar que no puede confundirse el plazo de prescripción del derecho a reclamar la reparación del daño con el plazo de caducidad para la interposición de los recursos administrativos o del recurso contencioso-administrativo. Mientras que el plazo para la interposición del recurso constituye un requisito de procedibilidad, que por su carácter formal o adjetivo puede apreciarse *ad limine*, sin necesidad de conocer el fondo del asunto, la prescripción de la acción para reclamar el daño afecta a la existencia misma del derecho cuyo reconocimiento se reclama, por lo que su estimación requiere un pronunciamiento de fondo, en base a la prueba contradictoria de los hechos que la determinan⁹⁵.

4. ¿La Administración soporta, en todo caso, la carga procesal de acreditar haber actuado conforme a la *lex artis*?

Al tratar de responder a este interrogante observamos pronunciamientos dispares de los Tribunales.

Algunas sentencias señalan que, una vez acreditado por el recurrente el daño antijurídico y el nexo o relación de causalidad entre este y el acto de asistencia médica o la organización sanitaria, corresponde a la Administración la prueba de que ajustó su actuación a las exigencias de la *lex artis*.

Esto se justifica por la mayor dificultad del reclamante de acreditar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una recta *praxis* médica debido a que la Administración es la parte que dispone del expediente administrativo. Se deben tomar en consideración las dificultades que normalmente encontrará el paciente para acreditar la infracción de la *lex artis* dentro de las restricciones del ambiente hospitalario, por lo que habrá de adoptarse una cierta flexibilidad, de modo que no se exija al perjudicado una prueba imposible o diabólica.

Por esta razón, en materia de prestación sanitaria, proclama la STS (Sala C-A) 700/2018, de 26 de abril: «*Nos encontramos con un problema que reside en la prueba de que lo actuado en este caso ha sido lo indicado en términos médicos o no. Por otro lado, se aprecia en este ámbito una moderación de la carga de la prueba impuesta al paciente en aplicación del principio de facilidad probatoria, invirtiéndose aquella al imponerse a la Administración la prueba de que su actuación fue, en todo caso, conforme a las exigencias de la lex artis*».

Y añade: El principio *favor probationis* «*obliga a la Administración, en determinados supuestos, a ser ella la que ha de acreditar, precisamente por disponer de medios y elementos suficientes para ello, que su actuación fue en todo caso conforme a las exigencias de la lex artis, pues no sería objetiva la responsabilidad que hiciera recaer en todos los casos sobre el administrado la carga*

⁹⁵ STS (Sala C-A) de 12 de septiembre de 2012, rec.1467/2011.

de probar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una recta praxis médica»⁹⁶.

El Alto Tribunal reconoce que, en determinado supuesto, se impone a la Administración demandada la carga procesal de acreditar que la actuación sanitaria se acomodó a la *lex artis ad hoc*. Se proclama una inversión probatoria fundada en la ventajosa posición que la Administración ostenta *a priori*⁹⁷.

El hecho de que el reclamante deba probar la actuación incorrecta de la Administración no es óbice para que la Administración también «*deba colaborar*», desplazándose la carga de la prueba hacia quien se halla en mejor posición en relación con las fuentes de prueba.

Pero, en este contexto, surge la siguiente cuestión: ¿cuáles son esos «*determinados supuestos*» en los que opera la inversión de la carga probatoria de la *lex artis*?

A esta pregunta responde el propio Tribunal Supremo: «*[...] incumbe a la Administración sanitaria la carga de la prueba de la debida diligencia en la prestación, y lo circunscribe a los supuestos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración o se produce un daño inusual a los riesgos inherentes de la actuación que en cada caso se trate*»⁹⁸.

Y ello es así porque el que normalmente se deba acreditar por el reclamante la mala praxis para declarar la responsabilidad por actuación sanitaria «*no excluye que la carga de probar deba combinarse con la facilidad para probar (favor probationis)*»⁹⁹.

Pero, al mismo tiempo, en otras sentencias, sin excluir el *principio de facilidad probatoria*, se indica que la acreditación de un mal uso de la *lex artis* corre a cargo de quien reclama, presumiéndose su indebida aplicación cuando el daño resulta desproporcionado o desmedido con el mal que provocó la intervención médica. Estas mismas sentencias reconocen que la discusión carece de la trascendencia que se le pretende atribuir porque, previamente, incumbe a la parte actora la carga de acreditar la antijuricidad del daño, lo que lleva implícito probar que la prestación sanitaria

⁹⁶ Rec. 3424 /2015. Vid. también SSTs (Sala C-A) de 9 de diciembre de 2008, rec.6580/2004; 4 de julio de 2007, rec.8368/2003; 14 de junio de 2011, rec.2371/2007; 19 de septiembre de 2012, rec.8/2010, entre otras. La STSJ Baleares (Sala C-A) 553/2023, de 5 de julio, rec.602/2020, precisa: «*De ahí que no proceda indemnizar a un enfermo cuando se acredite por la Administración sanitaria, a quien incumbe la carga probatoria sobre esta cuestión, que se ha dispensado al paciente una correcta atención médica y se le ha diagnosticado y tratado correctamente la dolencia que padece*».

⁹⁷ RIVAS LÓPEZ, A.L. (2012:75).

⁹⁸ Este último supuesto es el daño desproporcionado. Vid. STS (Sala C-A) de 27 de noviembre de 2012, rec.5938/2011.

⁹⁹ STSJ de Andalucía (Sala C-A) de 4 de marzo de 2008, rec.273/2006.

no se acomodó al estado de la ciencia o que, atendidas las circunstancias del caso, los servicios públicos sanitarios no adoptaron los medios a su alcance¹⁰⁰.

Por tanto, la respuesta la ofrecen los Tribunales: «*La administración demandada, inicialmente, no tiene que acreditar que ha actuado conforme a la lex artis, pues su infracción debe acreditarla la parte actora*»¹⁰¹, salvo que se trate de un daño desproporcionado o que, en virtud de los *principios de facilidad o disponibilidad probatoria*, se encuentre en mejor posición para hacerlo que el perjudicado.

IV. CONCLUSIONES

1. Tratándose de la responsabilidad patrimonial sanitaria, no existen normas legales concretas sobre la carga de la prueba, lo que obliga a una remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 217 LEC), con las matizaciones introducidas por los Tribunales. Por ello, el estudio de la carga de la prueba en estos procesos ha de partir del análisis de una abundante casuística jurisprudencial.

2. Considerando lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el perjudicado soporta la carga procesal de acreditar la mala praxis y el carácter antijurídico del daño, que incluye acreditar que la prestación sanitaria no se acomodó al estado de la ciencia o que, atendidas las circunstancias del caso, los servicios públicos sanitarios no adoptaron los medios a su alcance. Todo ello sin perjuicio de las modulaciones que puedan surgir por el *principio de la facilidad o posibilidad probatoria*. La prueba de presunciones y la prueba indiciaria serán un medio idóneo para dicha acreditación.

3. Asimismo, soporta la carga de acreditar la relación de causalidad entre el daño y la actuación u omisión del personal de la Administración o de la organización sanitaria. No obstante, según la jurisprudencia, la carga de la prueba del nexo causal que soporta el perjudicado no impide que, en aplicación del *principio de facilidad de la prueba*, haya de atemperarse en atención a las dificultades que normalmente encontrará el paciente dentro de las restricciones del ambiente hospitalario, debido a que la Administración es la parte que dispone de la historia clínica.

¹⁰⁰ Vid. SSTSJ de Madrid (Sala C-A) 158/2023, de 15 de febrero, rec.524/2020; 157/2023, de 13 de febrero, rec.949/2020, entre otras.

¹⁰¹ STSJ de Castilla-León (Sala C-A), de 22 de enero de 2016, PO 1325/2013: «*Inversión de carga de la prueba no significa imposibilidad probatoria, sino simplemente el cambio de la obligación que tiene el Tribunal de atribuir a una u otra parte la carga probatoria. Pues bien, la administración demandada, quien inicialmente no tiene que acreditar que ha actuado conforme a la lex artis, pues su infracción debe acreditarla la parte actora, ha acreditado haber cumplido la misma y, por lo tanto, se llega, nuevamente, a la desestimación del presente recurso*». En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Andalucía (Sala C-A), sede Málaga, 1288/2018, de 14 de junio, rec.120/2016.

4. Como regla general, ha de acreditarse por quien formula la pretensión indemnizatoria la existencia de una relación de causalidad «cierta» entre el funcionamiento del servicio y el daño acaecido, hasta el punto de que la responsabilidad administrativa se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse por ser *desconocida* la causa generadora del evento dañoso. Asimismo, no se puede apreciar el nexo de causalidad cuando la ciencia médica no es suficiente para restablecer la salud y el daño obedece a la «inevitabilidad biológica».

5. No obstante, el Tribunal Supremo acoge la *teoría probabilística* del nexo causal conforme a la cual «*será exigible que en el proceso queden identificadas con un cierto grado de posibilidad real, al menos, alguna o algunas causas de la lesión*». De forma que, de haber sido las causas reales, hubieran podido ser combatidas por el servicio sanitario eliminando o minorando el resultado final, siempre que la Administración no haya ofrecido explicaciones bastantes para excluirlas como posibles».

6. No faltan pronunciamientos que otorgan especial relevancia la «*prueba indiciaria o indirecta*», igualmente idónea en orden a la cumplida acreditación del hecho causante de las lesiones y la siempre exigible relación de causalidad, mediante una ponderación conjunta de todos los medios de prueba.

7. También soporta el paciente o el reclamante la carga de acreditar el daño sufrido —incluido daño moral, daño emergente y lucro cesante— así como el *quantum* indemnizatorio, la interrupción de la prescripción de la reclamación o la intervención concurrente, en su caso, de varias Administraciones Públicas.

8. En mi opinión, resulta urgente la aprobación de un *baremo específico* que contemple unas indemnizaciones adecuadas a las peculiaridades de la actividad sanitaria. Su importancia radica en que deberá compaginar unas indemnizaciones proporcionales al daño sufrido con criterios de racionalización que eviten riesgos para la sostenibilidad del sistema sanitario.

9. A la vista de la doctrina de los Tribunales, cabe concluir que la Administración demandada soporta la carga procesal de acreditar la ruptura o ausencia del nexo causal, en cualquiera de sus vertientes: fuerza mayor; culpa exclusiva del perjudicado o de un tercero; causas endógenas al propio paciente o daños intrínsecos al tratamiento médico, que se producen de modo necesario por su finalidad terapéutica.

10. La carga procesal de la Administración también abarca la inexistencia de daño derivado del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios o su defectuosa evaluación económica, así como la prescripción de la acción ejercitada. Cuando en la actividad administrativa causante del daño han intervenido varias Administraciones Públicas en gestión conjunta, las Administraciones deben probar, en su caso, la

existencia de instrumentos de actuación conjunta y la forma en que cada una de ellas ha intervenido.

11. En los supuestos de concurrencia de concausas imputables, unas a la Administración y otras a entidades o personas ajenas (empresa contratista, centro concertado, empresa farmacéutica, laboratorio, sujetos privados, etcétera) e incluso al propio perjudicado, la Administración deberá acreditar que la lesión no es consecuencia exclusiva de su actuación u omisión, al objeto de que se atempere la indemnización reclamada.

12. En la prueba de la valoración económica del daño revisten gran importancia los informes periciales de valoración del daño corporal (IVDC). En la práctica, desgraciadamente, es bastante frecuente que dichos peritos se extralimiten en sus funciones y enjuicien también la posible infracción de la *lex artis*.

13. A mi juicio, como ha proclamado el Tribunal Supremo, los órganos judiciales no deberían admitir que los peritos valoradores del daño, sin especialidad médica concreta en la materia objeto del pleito, se pronuncien en relación con la adecuación o no a la *lex artis* de la actuación médica observada, desviación que vicia el debate y es susceptible de confundir al Juzgador.

14. Según la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, en los daños continuados (verbigracia, SIDA o lesión nerviosa sujeta a rehabilitación) el *dies a quo* del cómputo anual prescriptivo será aquel en que el reclamante tenga conocimiento de los efectos definitivos de una lesión, ya sea desde la curación o desde la estabilización de las secuelas.

15. En cambio, en los daños permanentes, en cuanto irreversibles (verbigracia, amputación o encefalopatía hipóxico-isquémica) el *dies a quo* será aquel en que el reclamante tiene conocimiento de que las «secuelas» –no los «padecimientos o manifestaciones» derivadas de ellas– han quedado perfectamente determinadas con carácter irreversible e inalterable. Por tanto, no se pueden confundir los términos «*secuela*» (encefalopatía) y «*padecimiento o manifestación*» derivada de aquella (retraso psicomotor, epilepsia, convulsiones, parálisis cerebral, etcétera). La secuela hace referencia a un resultado consolidado e irreversible, no sujeto a tratamiento; en cambio, los «*padecimientos*» que derivan de la secuela evolucionan en el tiempo, siendo susceptibles de tratamiento.

16. La prescripción de la acción para reclamar el daño afecta a la existencia misma del derecho. Su estimación requiere un pronunciamiento de fondo, en la sentencia, en base a la prueba contradictoria de los hechos que la determinan.

17. Conforme a la doctrina de los Tribunales, la Administración sanitaria demandada inicialmente no tiene que acreditar que ha actuado conforme a la *lex artis*, pues su infracción debe acreditarla la parte actora. No obstante, la jurisprudencia no excluye que la carga de probar deba combinarse con la facilidad para probar. El principio *favor probationis* «obliga a la Administración, en determinados supuestos, a ser ella la que ha de acreditar, precisamente por disponer de medios y elementos suficientes para ello, que su actuación fue, en todo caso, conforme a las exigencias de la *lex artis*».

Concretamente, el Tribunal Supremo circunscribe esta carga procesal de la Administración de la diligencia debida «a los hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración o cuando se produce un daño inusual a los riesgos inherentes de la actuación que en cada caso se trate».

18. A mi juicio, ante la importancia –jurídica, humana y económica– que ha adquirido en este siglo el Derecho administrativo sanitario, el legislador español debería ser pionero en recoger unas normas específicas sobre la distribución de la carga de la prueba en dicho ámbito. Convendría evitar la simple remisión a la normativa civil y regular de forma específica la carga de la prueba que a cada una de las partes compete, positivizando la doctrina consolidada del Tribunal Supremo.

BIBLIOGRAFÍA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

ADAN DOMENECH, F., *Diligencias Preliminares en el proceso civil. En Práctico Procesal Civil*, Vlex (2023).

BARRIOS MANRIQUE LARA, F. “Argumentos, cuestiones y pretensiones. La desviación procesal”, en CHAVES GARCÍA, J.R. (Coord.). *77 aspectos esenciales del proceso contencioso-administrativo*, Bosch, Madrid, 2024.

BOBO RUIZ, J., “Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.); SUÁREZ LÓPEZ, J.M. (Coord.) et al. *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2010.

CALVO SÁNCHEZ, M.D., “Responsabilidad de la Administración sanitaria por la actuación de los profesionales de la Medicina”, en LLAMAS POMBO, E. (Dir.). *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, Bosch Madrid, 2014.

CARAZA CRISTÍN, M.M., “Criterios para la evaluación del daño en el sistema de responsabilidad administrativa”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 64, 2001, pp. 271-308.

CUETO PÉREZ, M., “Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.); CASARES MARCOS, A.B. (Coord.). *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CHAVES GARCÍA, J.R., *Derecho Administrativo mínimo*, Amarante, Salamanca, 2020.

CHAVES GARCÍA, J.R., *Derecho Administrativo problemático. 200 cuestiones críticas*, Bosch, Madrid, 2023.

CHAVES GARCÍA, J.R., (Coord.). *77 aspectos esenciales del proceso contencioso-administrativo*, Bosch, Madrid, 2024.

DE AHUMADA RAMOS, F.J., *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

DE LA CRUZ LÓPEZ, P. y MOLL FERNÁNDEZ-FÍGARES, L.S. (Dirs.), *Claves prácticas. Responsabilidad patrimonial y COVID-19 en los distintos sectores de actividad*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021.

DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis de la COVID-19”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, pp. 102-109.

GALLARDO CASTILLO, M^a J., y CRUZ BLANCA, M^a J., *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, La Ley, Madrid, 2011.

GALLARDO CASTILLO, M^a J., *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, Cóllex, Madrid, 2021.

GALLARDO CASTILLO, M. J., “Las claves de la responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia y otros conceptos indemnizables” [Ponencia], en *Jornadas sobre Responsabilidad patrimonial y contratación pública en el ámbito sanitario en tiempos de pandemia*, Sevilla, marzo 2022.

GALLARDO CASTILLO, M^a J., “Las claves para entender y aplicar correctamente la doctrina de la pérdida de oportunidad: Cómo, cuándo, cuánto y a quién se indemniza”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 115, 2023, pp. 45-100.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, 17^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2022.

GARNICA MARTÍN, J.F., “La prueba del lucro cesante”, en ABEL LLUCH; PICÓ i JUNOY et al. (Dirs.). *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, La Ley, Madrid, 2011.

GASCÓN ABELLÁN, M., “La prueba del nexo causal en la responsabilidad patrimonial sanitaria”, en JIMÉNEZ, S.; MARTÍNEZ, V.M. et al. (Coords.). *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria, Jornadas hispano-mexicanas sobre el derecho de salud y la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 2008.

HURTADO-DÍAZ GUERRA, I., *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MARTÍN CASALS, M., “Más allá del llamado “Baremo sanitario”, en LÓPEZ y GARCÍA DE LA SERRANA, J. y NAVA MEANA, J.L. (Coords.). *VIII Congreso Nacional. Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad civil y Seguro. Ponencias*, Sepin, Madrid, 2018.

MARTÍN LORENZO, B. y GARCÍA BLANCO, J., “¿Es responsable la Administración de los daños causados por la COVID-19?”, en *Revista Jurídica de Consumidores y Usuarios*, núm. 10, 2022, pp. 20-38.

MEDIAVILLA CABO J.V., “Consideraciones sobre la responsabilidad de la administración pública sanitaria tras la crisis derivada del COVID-19”, en *Revista de Derecho VLex*, núm. 191, 2020.

MIR PUIGPELAT, O., “La codificación del procedimiento administrativo en la unión administrativa europea”, en VELASCO CABALLERO, F. y SCHNEIDER, J-P. (Coords.). *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

MIR PUIGPELAT, O., “Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en ORTIZ BLASCO, J. y MAHILLO GARCÍA, P. (Coords.). *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009.

MIR PUIGPELAT, O. “La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración”, en la *Revista de Administración Pública* nº 213, 2020, pp. 29-47.

MIR PUIGPELAT, O., “Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y COVID-19”, en GÓMEZ MARTÍN, V; BOLEA BARDÓN, C. et al. (Dirs.). *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022, pp.241-253.

MONTAÑÉS CASTILLO, L.Y., “Los requisitos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria”, en GALLARDO CASTILLO, M^a. J.(Dir.) y CRUZ BLANCA, M^a.J. (Coord.). *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, La Ley, Madrid, 2011.

PALOMAR OLMEDA, A. y CANTERO MARTINEZ, J. (Dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

PALOMAR OLMEDA, A. y FUERTES, J., “Responsabilidad de las Administraciones Públicas”, en *Práctico: Contencioso-Administrativo*, *Revista de Derecho VLex*, 2023.

PANES CORBELLÉ, L. A., “La responsabilidad patrimonial de los Servicios de Salud”, en PALOMAR OLMEDA, A. y CANTERO MARTINEZ, J. (Dirs.). *Tratado de Derecho Sanitario*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

RIVAS LÓPEZ, A.L, *Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Aspectos de su práctica administrativa y procesal*, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2012.

RIVERO ORTEGA, R., “La obligación de resolver”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (Coord.). *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 236-290.

RIVERO ORTEGA, R., *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos. El antídoto de la arbitrariedad*, Iustel, Madrid, 2020.

RIVERO ORTEGA, R., *Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

RIVERO ORTEGA, R. y RIVERO YSERN, E. “La nueva Ley de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración autonómica de Castilla y León”, en LÓPEZ MENUDO, F. (Coord.). *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 985-1004.

RIVERO YSERN, E., *El daño en el Derecho Administrativo*, Juruá, Lisboa, 2019.

RODRIGUEZ LÓPEZ, P., *Responsabilidad patrimonial de la Administración en materia sanitaria*, Atelier, Barcelona, 2007.

TOLOSA TRIBIÑO, C., “Jurisprudencia consolidada y vigente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria”, en HERRADOR GUARDIA, M.J. *Responsabilidad Médico-Sanitaria*, Sepin, Madrid, 2022.

ZABALLOS ZURILLA, M., “La responsabilidad patrimonial por los daños causados al usuario del servicio público sanitario tras la irrupción en escena de la COVID-19”, en *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 10, 2022, pp. 39-54.

**Esopo y el urbanismo andaluz: comentario a la sentencia
del Tribunal Constitucional 25/2024, de 13 de febrero,
sobre la LISTA**

**Aesop and Andalusian urbanism: comment on the ruling of
the Constitutional Court 25/2024, of February 13,
about the LISTA**

Salvador María Martín Valdivia

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Jaén

SUMARIO: I.- LA DISRUPTIVA LISTA. II.- LAS CONCRETAS IMPUGNACIONES SOBRE PRECEPTOS DE LA LISTA. EL OBJETO DEL RECURSO. III.- LAS RAZONES DE CADA IMPUGNACIÓN. 1. Algunas consideraciones previas. 2. Los asuntos competenciales. 3. Del estudio del régimen jurídico del suelo rústico: examen de los arts. 19.1 a), 21.1 y 2 b) LISTA y consecuentemente de la liberación de licencia para los movimientos de tierras que comportan los usos mineros (artículo 137.2.f). 4. La impugnación del art. 22, apdos. 1 y 2: solución -en falso- al problema de las viviendas unifamiliares en suelo rústico. 5. Las afectaciones a la autonomía local por actuaciones de competencia autonómica (arts. 50 y 53 LISTA). 6. Normas relativas al restablecimiento de la legalidad territorial y urbanística (arts. 151.1 y 153.2 f). 7. El problema de la desafectación de vías pecuarias afectadas por el planeamiento (Disposición adicional cuarta LISTA). 8. La derogación del POTA (norma 45.4 a, del Decreto 206/2006), vulneración del principio de no regresión ambiental. IV.- A modo de epítome: la exigua afectación del sistema jurídico urbanístico instaurado por la LISTA confirma la inmutabilidad de un modelo que se proyecta consistente.

RESUMEN: en diciembre de 2021 se publicaba la Ley 7/2021, de impulso para la sostenibilidad del territorio en Andalucía (LISTA). En ella se adoptaban nuevos criterios normativos para la regulación del urbanismo y de la ordenación del territorio en esa comunidad autónoma. Una de las principales apuestas se centraba

Recibido: 12-04-2024

Aceptado: 19-04-2024

en la original propuesta de clasificación del suelo, que afectaba muy sensiblemente a las posibilidades de uso del suelo rústico. Eran propuestas audaces y disruptivas respecto del statu quo tradicional. Esa norma fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad que se resolvió por sentencia del Tribunal Constitucional 25/2024, de 13 de febrero, que es el objeto de nuestro análisis. El resultado de su diagnóstico ha sido la confirmación del acomodo constitucional de la práctica totalidad de los preceptos impugnados, con ciertas excepciones relativas al régimen autorizatorio de los usos mineros en el suelo rústico, al tratamiento de las vías pecuarias afectadas por procesos de transformación urbanística y a la proscripción de ciertas viviendas en suelo rústico que se vieran vinculadas a usos extraordinarios en esa clase de suelo. El resto ha sido confirmado en su constitucionalidad por la sentencia referida. El plus de seguridad jurídica que ello comporta para el urbanismo andaluz es la consecuencia más significativa de esta resolución constitucional.

ABSTRACT: In December 2021, Law 7/2021 (LISTA) was published. In it, new regulatory criteria were adopted for the regulation of urban planning and territorial planning in that autonomous community. One of the main bets focused on the original land classification proposal, which very significantly affected the possibilities of using rural land. They were bold and disruptive proposals with respect to the traditional status quo. This rule was the subject of an unconstitutionality appeal that was resolved by ruling of the Constitutional Court 25/2024, of February 13, which is the object of our analysis. The result of his diagnosis has been the confirmation of the constitutional accommodation of practically all of the challenged precepts, with certain exceptions related to the authorizing regime of mining uses on rural land, the treatment of livestock trails affected by urban transformation processes and the prohibition of certain homes on rural land that were linked to extraordinary uses on that type of land. The rest has been confirmed in its constitutionality by the aforementioned ruling. The added legal security that this entails for Andalusian urban planning is the most significant consequence of this constitutional resolution.

PALABRAS CLAVE: ley urbanística de Andalucía, recurso de inconstitucionalidad, sentencia 25/2024, usos del suelo, tratamiento del suelo rústico, en viviendas en suelo rústico, vías pecuarias, usos mineros, constitucionalidad de la ley.

KEYWORDS: urban planning law of Andalusia, unconstitutionality appeal, ruling 25/2024, land uses, treatment of rural land, in homes on rural land, livestock trails, mining uses, constitutionality of the law.

I. LA DISRUPTIVA LISTA

No se puede negar que urbanismo, ordenación del territorio, vivienda, medio ambiente, derecho de propiedad del suelo son materias y objetivos normativos que necesariamente deben abordarse por los parlamentos estatal y autonómico, cada uno en ejercicio de sus competencias. Fundamentos para los legisladores, sí, pero sobre todo son argumentos de largo alcance sociológico y contundente bagaje político. Prueba de ello es que casi todas las leyes que los han abordado en el tiempo merecen reproches desde posiciones ideológicas contrarias al signo político mayoritario del parlamento que las aprueba. Así sucedió con la Ley 8/1990, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (en adelante, LS'90) y el Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (en adelante, TRLS'92¹), con la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones (en adelante, LS'98)², con la que la sustituyó (Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, en adelante LS'07, y su texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en adelante, TRLS'08³), pero también con las leyes posteriores (Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, en adelante LRRR'13⁴, incluso de manera indirecta por cuestión de inconstitucionalidad de lo

¹ Sentencia 61/1997, de 20 de marzo de 1997. Recursos de inconstitucionalidad 2.477/1990, 2.479/1990, 2.481/1990, 2.486/1990, 2.487/1990 y 2.488/1990 (acumulados). Promovidos, respectivamente, por el Parlamento de Navarra, el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, la Diputación General de Aragón, la Junta de Castilla y León y el Gobierno de Canarias contra la Ley 8/1990, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y en los recursos de inconstitucionalidad, acumulados a los anteriores, 2.337/1992, 2.341/1992 y 2.342/1992, promovidos, respectivamente, por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, la Diputación General de Aragón y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, frente al texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio.

² Sentencia 164/2001, de 11 de julio de 2001. Recursos de inconstitucionalidad 3004/98, y 3182/98 (acumulados). Promovidos por el Parlamento de Navarra; ochenta y cuatro Diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, Federal de Izquierda Unida y Mixto, y el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura contra la Ley de las Cortes Generales 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones.

³ Sentencia 141/2014, de 11 de septiembre de 2014. Recursos de inconstitucionalidad 6963-2007, 6964-2007, 6965-2007 y 6973-2007 (acumulados). Interpuestos, respectivamente, por el Consejo de Gobierno de Madrid, el Consejo de Gobierno de La Rioja, más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso y el Gobierno de Canarias en relación con diversos preceptos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, y recursos de inconstitucionalidad 7020-2008 y 7231-2008, acumulados a los anteriores, interpuestos, respectivamente, por el Consejo de Gobierno de Madrid y el Consejo de Gobierno de La Rioja con respecto a distintos preceptos del texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

⁴ Sentencia 143/2017, de 14 de diciembre de 2017. Recurso de inconstitucionalidad 5493-2013. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

refundido en 2008, el vigente Texto Refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, en adelante TRLS'15⁵). Es rutinaria esa guerra ideológica en lo judicial. Y la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, (en adelante, LISTA) no iba a ser menos⁶, pues no en vano transforma las estructuras y los paradigmas de su predecesora (LOUA), que tras casi dos décadas de vigencia trató la cosa urbanística desde su visión desarrollista (*ratione temporis* no podía ser de otro modo), intervencionista (dado su corte político) y, a la postre, algo desfasada del urbanismo y de la ordenación territorial. Y es que, cierto es, hoy la nueva norma impone otros criterios y, como era de esperar, merece su reproche ideológico en esta ocasión por parte de los representantes más escorados a la izquierda del arco político. Tal vez sea porque muchos de sus criterios ya se contemplaban en la nonata LUSA (Ley de Urbanismo Sostenible para Andalucía) que murió en la orilla y, con toda seguridad, porque el Gobierno andaluz y el grupo parlamentario del PSOE en Andalucía alcanzaron el acuerdo de 10 de agosto de 2022⁷ para adecuar algunos de los preceptos inicialmente incorporados al texto de la Ley se adaptaran a determinadas exigencias formales y materiales impuestas por el Grupo Socialista. En definitiva, la LISTA es el resultado de aquella batalla ideológica, ya sólo entre Parlamento y esa izquierda más radical del Parlamento andaluz (a quien finalmente se unieron diputados nacionales de ERC, Más País, Compromís y Nueva Canarias). Y así, de esa guisa, se nos presentaba en los medios esta fabulosa batalla contra la especulación⁸, contra

⁵ Sentencia 218/2015, de 22 de octubre de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 6059-2014. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en relación con diversos preceptos del texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

⁶ Ya lo fue, en cierta medida, su legislación antecesora cuando se sometió al control de constitucionalidad la Ley del Parlamento de Andalucía 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y suelo, que declaró la nulidad de alguno de sus preceptos en Sentencia 154/2015, de 9 de julio de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 1832-2006, pero que también afectó tangencialmente a la LOUA.

⁷ Hablamos del Acuerdo de 10 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 Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de Impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (BOJA n.º 180, de 19 de septiembre de 2022), en el que ambas partes (Junta de Andalucía -PP- y Estado Español -PSOE-) coinciden en considerar resueltas las discrepancias manifestadas y concluida la controversia planteada inicialmente en relación con determinados artículos de la Ley. Allí, y sobre algunos de ellos, se adoptaba el compromiso de interpretarlos conforme a la legislación básica del Estado que pudiera estar afectada y, adicionalmente, el compromiso de incorporar en el desarrollo reglamentario de la Ley el criterio de interpretación. Así se hace en el Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (en adelante, RLISTA), dando cumplimiento al Acuerdo de la Comisión Bilateral.

⁸ La noticia se publicó con titulares de este alcance: <Unidas Podemos recurre ante el Constitucional la Ley del Suelo de Andalucía por su “urbanismo aleatorio”. El grupo confederado recaba los votos de ERC, Más País, Compromís y Nueva Canarias para pedir al Alto Tribunal la “nulidad” de una norma clave del Gobierno de Moreno, negociada con Vox

la desnaturalización del suelo rústico, del entorno natural, del medio ambiente, ... Necesarios, irremediables recursos (se glosaba) contra la LISTA, que transformaba paradigmas devolviéndonos a la tan denostada propuesta de declarar urbanizable todo el suelo rústico, aquella malhadada idea del Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio⁹, de modificación de determinados artículos de la LS'98¹⁰. Se trataba de combatir aquella idea de los gobiernos de Aznar que propusieron el anatema de declarar urbanizable todo el suelo municipal, salvo el especialmente protegido. Ha sido mucho el ruido político y mediático provocado por ese genuino *frente popular*. La resultancia, no obstante, de esa cruzada jurídica se encarna en la sentencia que analizamos, pero su consecuencia práctica en la LISTA y en el urbanismo andaluz ha mudado en ratón. *El parto de los montes*, la fábula de Esopo, es lo que finalmente ha resultado de esa ardua batalla. La anulación de preceptos básicos de la Ley no se ha producido y lo que se ha declarado inconstitucional no es de trascendencia tal como para anunciar que se haya quebrado aquel conjuro ultraliberal. Se puede certificar que la LISTA ha superado el test de esfuerzo.

La base argumental del recurso de inconstitucionalidad formulado se sostiene básicamente en la cuestión competencial: si es a las CC.AA. a quienes corresponde regular por ley según qué materias o, por el contrario, si es al Estado a quien le quedan reservadas. Sucede, no obstante, que es esa un debate muy espigado: urbanismo, ordenación del territorio, medio ambiente, extensión del derecho de la propiedad fundiaria, procedimientos y garantías..., son competencias a veces complementarias, en ocasiones concurrentes, pero con una delimitación ya muy marcada por la

y PSOE, y que “introduce un uso destructor del medio ambiente”>, en ElDiario.es, 9 de marzo 2022 (https://www.eldiario.es/andalucia/unidas-recurre-constitucional-ley-suelo-andalucia-urbanismo-alcatorio_1_8813175.html). O como se explicaba el El Español, 9 de marzo 2022 (https://www.elespanol.com/espana/andalucia/20220309/podemos-recurre-cc-andaluz-suelo-vulnera-autonomia/655934553_0.html), “...argumentaron que fomenta la especulación urbanística y la construcción en suelo rústico”.

⁹ Que propuso, recordemos: 1.º: a) eliminación en el artículo 9 de la Ley 6/1998 de la definición del suelo no urbanizable, la referencia del inciso “así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano”; b) nueva redacción del artículo 15.2, reconociendo a los propietarios de suelo urbanizable el derecho a usar, disfrutar y disponer de los terrenos conforme a la naturaleza rústica de los mismos, y atribuyéndoles el “derecho a promover su transformación instando de la Administración la aprobación del correspondiente planeamiento de desarrollo, de conformidad con lo que establezca la legislación urbanística”, y ello se podía hacer desde el momento en el que el planeamiento general delimite sus ámbitos o se hayan establecido las condiciones para su desarrollo en virtud de un proyecto de delimitación o “la definición de las condiciones para su desarrollo en virtud de un proyecto de delimitación o de planeamiento formulado por la iniciativa privada”; y c) regulación de la figura del silencio positivo en la aprobación de los planes generales.

¹⁰ Sobre la declaración de inconstitucionalidad de los postulados de ese RDL, véase BASSOLS COMA, Martín, “Inconstitucionalidad final de la normativa sobre liberalización del suelo y reapertura del debate sobre la competencia del Estado en materia urbanística: a propósito del Voto particular a la STC 137/2011, de 14 de septiembre”, Cuadernos de Derecho Local (QDL) ISSN: 1696-0955, núm. 30, octubre de 2012, p. 37-57 Fundación Democracia y Gobierno Local.

doctrina constitucional. Eso tal vez haya facilitado la tarea del TC, que tampoco se ha esmerado en explicaciones que resultan ya notorias en esta materia concreta. Aunque bien es posible que a esa parquedad de explicaciones haya contribuido la inconsistencia de los argumentos impugnatorios y de la técnica empleada en el recurso formulado, a decir de lo que enuncian los antecedentes de la sentencia.

Ese es el escenario en el que se impugna el texto legal andaluz y en el que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad. No obstante, hemos de advertir desde ahora la extrañeza que produce el escaso ímpetu impugnatorio de concretos preceptos que, en principio, podrían entenderse enjundiosos y conflictivos, como también desde luego choca a primera vista la casi aleatoria declaración de inconstitucionalidad de algunos de los impugnados: se anulan incisos mucho menos agresivos para el medio ambiente que otros que tal vez resultaren asaz nocivos a ese bien jurídico, tanto en materia de viviendas unifamiliares en suelos rústicos como en lo referente a prohibición de usos en ese ámbito. Extrañeza que se incrementa por el exiguo esfuerzo desplegado por el TC para explicar por qué motivo unos sí son contrarios al orden constitucional y otros lo respetan. Sobre esas -y algunas otras- reflexiones versará el trabajo que a continuación se presenta.

II. LAS CONCRETAS IMPUGNACIONES SOBRE PRECEPTOS DE LA LISTA. EL OBJETO DEL RECURSO

La sentencia que analizamos comienza por explicar en sus Antecedentes cuáles son los preceptos que se impugnan. Y aclara que, en primer lugar, se abordará el estudio de una impugnación genérica y global a todo el texto legal. Afirman que la LISTA se tramitó y aprobó por el procedimiento de urgencia sin que se diera el presupuesto de hecho habilitante para ello. Por tal motivo, se habría afectado el derecho a la participación política y la Ley impugnada vulneraría, por un lado, los arts. 1.1 y 23.2 CE y, por otro, el art. 108 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (en adelante, EA And.), así como los arts. 98 y 99, en relación con el art. 110 y concordantes, del Reglamento del Parlamento de Andalucía.

Además, y como impugnación concreta, se refutan los artículos siguientes:

- **19** “Derechos y deberes de la propiedad del suelo rústico”¹¹.

¹¹ **Art. 19:** 1. *El contenido urbanístico de la propiedad en suelo rústico comprende los derechos de disposición, uso, disfrute y explotación de los terrenos, lo que incluye los actos precisos para el desarrollo: a) De los usos ordinarios que, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, no se encuentren prohibidos por la ordenación territorial y urbanística, quedando sujetos a las limitaciones y requisitos impuestos por la legislación y planificación aplicables por razón de la materia.*

- 21 “Actuaciones ordinarias”¹².
- 22 “Actuaciones extraordinarias”¹³.
- 50 “Declaración de Interés Autonomico”¹⁴.

¹² **Art 21. (se marca en negrita lo declarado inconstitucional):** 1. Son usos ordinarios del suelo rústico los usos agrícolas, ganaderos, forestales, cinegéticos, **mineros** y cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales que no supongan la transformación de su naturaleza rústica, en los términos que se establezcan reglamentariamente. También son usos ordinarios del suelo rústico los vinculados al aprovechamiento hidráulico, **a las energías renovables**, los destinados al fomento de proyectos de compensación y de autocompensación de emisiones, **actividades mineras**, a las telecomunicaciones y, en general, a la ejecución de infraestructuras, instalaciones y servicios técnicos que necesariamente deban discurrir o localizarse en esta clase de suelo.

2. Se consideran actuaciones ordinarias:

a) Las obras, construcciones, edificaciones, viarios, infraestructuras, instalaciones y servicios técnicos que sean necesarios para el normal funcionamiento y desarrollo de los usos ordinarios del suelo rústico, incluyendo aquellas que demanden las actividades complementarias de primera transformación y comercialización de las materias primas generadas en la misma explotación que contribuyan al sostenimiento de la actividad principal, siempre que se acredite la unidad de la misma.

b) Las edificaciones destinadas a uso residencial que sean necesarias para el desarrollo de los usos ordinarios del suelo rústico, entre los que se incluyen los alojamientos para personas que desarrollen trabajos por temporada, conforme a los requisitos que se establezcan reglamentariamente.

¹³ **Art. 22 (se marca en negrita lo declarado inconstitucional):** 1. En suelo rústico, en municipios que cuenten con instrumento de ordenación urbanística general o en ausencia de este, podrán implantarse con carácter extraordinario y siempre que no estén expresamente prohibidas por la legislación o por la ordenación territorial y urbanística, y respeten el régimen de protección que, en su caso, les sea de aplicación, usos y actuaciones de interés público o social que contribuyan a la ordenación y el desarrollo del medio rural, o que hayan de emplazarse en esta clase de suelo por resultar incompatible su localización en suelo urbano.

2. Las actuaciones podrán tener por objeto la implantación de equipamientos, incluyendo su ampliación, así como usos industriales, terciarios o turísticos y cualesquiera otros que deban implantarse en esta clase de suelo, incluyendo las obras, construcciones, edificaciones, viarios, infraestructuras y servicios técnicos necesarios para su desarrollo. **Asimismo, vinculadas a estas actuaciones, podrán autorizarse conjuntamente edificaciones destinadas a uso residencial, debiendo garantizarse la proporcionalidad y vinculación entre ambas.**

En los términos que se establezcan reglamentariamente podrán autorizarse viviendas unifamiliares aisladas, siempre que no induzcan a la formación de nuevos asentamientos conforme a lo dispuesto en el apartado b del artículo 20 ni impidan el normal desarrollo de los usos ordinarios del suelo rústico.

¹⁴ **Art. 50:** 1. El Consejo de Gobierno podrá declarar de Interés Autonomico, por su especial relevancia derivada de su magnitud, su proyección social y económica o su importancia para la estructuración territorial de Andalucía:

a) Las actuaciones de carácter público contempladas en planes de ordenación del territorio y en planes con incidencia territorial. Estas actuaciones podrán ejecutarse mediante la colaboración público-privada.

b) Las actividades de intervención singular, de carácter público, relativas a los ámbitos sectoriales que tengan incidencia supralocal, en los términos establecidos en esta Ley.

c) Las inversiones empresariales declaradas de interés estratégico para Andalucía, conforme a su normativa específica.

2. La Declaración de Interés Autonomico se ajustará al siguiente procedimiento:

a) La propuesta de la Declaración corresponderá a la Consejería competente en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, previa iniciativa de la Consejería competente en razón a la actuación. En el caso de inversiones empresariales, previa declaración de interés estratégico de la actuación por el órgano competente, conforme a su normativa específica.

b) Para la Declaración se aportará estudio previo, anteproyecto u otro documento de análogo alcance, a los que se acompañará memoria justificativa en la que se acredite su especial relevancia para el desarrollo social, territorial y económico de Andalucía.

- 53 “Suspensión cautelar de las modificaciones de los instrumentos de ordena-

En caso de que la actuación suponga la innovación del planeamiento urbanístico del municipio o municipios afectados, se aportará la documentación necesaria para justificar su viabilidad urbanística.

c) La Declaración requerirá de información pública por plazo no inferior a un mes, así como de audiencia a las Administraciones Públicas gestoras de intereses públicos afectados, a las que se requerirán los informes o pronunciamientos preceptivos. Cuando deban emitirse por órganos pertenecientes a la Comunidad Autónoma, los plazos de emisión quedarán reducidos a la mitad. Simultáneamente se acordará su remisión al Ayuntamiento en cuyo término municipal se ubique la actuación para consulta y concertación de sus contenidos por plazo no inferior a dos meses. Transcurrido dicho plazo, la Consejería competente en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo podrá proseguir con la propuesta, previos informes justificativos de la falta de acuerdo.

d) En el acuerdo de Declaración de Interés Autonómico, el Consejo de Gobierno determinará su alcance y las condiciones para su desarrollo.

En el acuerdo se podrán adoptar cuantas medidas se precisen para la construcción y explotación de las obras de titularidad pública por la Administración de la Junta de Andalucía o, en su caso, mediante la intervención de sus empresas públicas.

Para las inversiones empresariales declaradas de interés estratégico, el Consejo de Gobierno establecerá la Administración actuante a los efectos de la ejecución, así como las obligaciones que deberá asumir la persona promotora de la actuación o inversión objeto de la declaración.

3. Lo previsto en los apartados anteriores no se aplicará en aquellos supuestos en los que la legislación sectorial de aplicación contenga normas específicas sobre la declaración de interés autonómico de determinadas obras de titularidad pública, así como en aquellos casos en los que la declaración esté regulada con tal carácter en los planes de ordenación del territorio o en los planes con incidencia territorial o que deban llevarse a cabo en el marco del apartado 3.b) del artículo 9.

4. La Declaración de Interés Autonómico legitima directamente el desarrollo y ejecución de la actuación y, en consecuencia:

a) Afectará y comprenderá todas las obras correspondientes a las actuaciones objeto de la declaración.

b) Implica la modificación directa de los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional cuando sus determinaciones supongan una alteración de dichos planes.

c) Sin perjuicio de sus efectos directos, según lo dispuesto en los apartados siguientes, sus determinaciones vincularán directamente al instrumento de ordenación urbanística municipal o de los municipios afectados, que deberán incorporarlas mediante su innovación.

5. La aprobación por la Administración de la Junta de Andalucía de los estudios, planes y proyectos necesarios para el desarrollo y ejecución de las actuaciones objeto de la Declaración de Interés Autonómico, incluidos, en su caso, los Proyectos de Actuación Autonómicos, tendrá, de acuerdo con su alcance concreto, los siguientes efectos, además de los que pudiera prever la legislación sectorial de aplicación:

a) En actuaciones de carácter público, llevará implícita la declaración de la utilidad pública y la necesidad de urgente ocupación a los efectos de la expropiación forzosa de los bienes y adquisición de derechos necesarios para la ejecución de la actuación y para su conexión a las redes generales. Todo ello sin perjuicio de que la ejecución urbanística de las mismas se pueda llevar a cabo mediante otras formas de gestión previstas en esta Ley.

En las actuaciones de carácter privado, llevará implícita la declaración de la utilidad pública y la necesidad de urgente ocupación a los efectos de la expropiación forzosa de los terrenos necesarios para las conexiones a las redes generales.

b) En actuaciones de carácter público, la construcción y puesta en funcionamiento de las obras no estarán sujetas a licencias ni a actos de control preventivo municipal.

En consecuencia, la declaración legitimará inmediatamente la ejecución de las actuaciones de carácter público, siendo sus determinaciones directamente aplicables, salvo que requiera desarrollo urbanístico mediante Proyecto de Actuación Autonómico, debiendo garantizarse en el procedimiento la participación del municipio.

c) En el caso de actuaciones de carácter privado, previo ejercicio del correspondiente acto de intervención o de posterior control municipal, la declaración legitimará inmediatamente su ejecución, siendo sus determinaciones directamente aplicables, salvo que se requiera desarrollo urbanístico mediante Proyecto de Actuación Autonómico.

Los plazos para el otorgamiento de las licencias y autorizaciones, o en su caso declaraciones responsables, que resulten preceptivas para la ejecución y puesta en funcionamiento de las actuaciones quedarán reducidos a la mitad.

ción urbanística”¹⁵.

- **137, 2, f)** “Actos sujetos a licencia urbanística municipal”¹⁶.

-**151.1** “Restablecimiento de la legalidad ante actuaciones sin título preceptivo o contraviniéndolo”¹⁷.

-**153.2** “Plazo para restablecer la legalidad territorial y urbanística”¹⁸.

- la **Disposición adicional cuarta** “Desafectación de vías pecuarias sujetas a planeamiento urbanístico”¹⁹.

6. El incumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en la Declaración de Interés Autonómico para las actuaciones de carácter privado determinará, previa tramitación del oportuno expediente, su revocación por el Consejo de Gobierno, sin perjuicio de las responsabilidades en que se hubiera podido incurrir de acuerdo con la normativa que sea de aplicación.

¹⁵ **Art. 53:** 1. El Consejo de Gobierno, previa audiencia del municipio o municipios afectados, podrá acordar de forma motivada y simultáneamente o con posterioridad a la formulación de los planes de ordenación del territorio la suspensión de la tramitación de la innovación del instrumento de ordenación urbanística que tenga incidencia o interés supralocal.

2. El acuerdo del Consejo de Gobierno deberá especificar los contenidos del instrumento de ordenación urbanística que se verán afectados por esta suspensión. El plazo máximo de vigencia de esta medida será de dos años. El período de tiempo durante el que se suspenda la tramitación de las modificaciones de los instrumentos de ordenación urbanística no se computará a los efectos del plazo máximo de la suspensión de las aprobaciones, autorizaciones y licencias urbanísticas que esta Ley prevé en el procedimiento para la aprobación de los instrumentos de ordenación urbanística.

³ La resolución por la que se inicia la información pública de un Plan de Ordenación del Territorio de ámbito subregional motivará por sí sola la suspensión de los contenidos de las innovaciones del instrumento de ordenación que contravengan las determinaciones propuestas en aquel plan. Esta medida tendrá una vigencia máxima de un año desde que se dicta dicha resolución.

¹⁶ **Art. 137. 2. (se marca en negrita lo declarado inconstitucional):** No requieren previa licencia:

^{f)} Los usos agrícolas, ganaderos, forestales, cinegéticos, **mineros** y cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales que no supongan la transformación de su naturaleza rústica, en los términos que se establezcan reglamentariamente, ni conlleven la realización de construcciones, edificaciones e instalaciones.

¹⁷ **Art. 151.1.** Ante actuaciones realizadas sin licencia o título habilitante exigido por esta Ley o contraviniendo sus términos, la Administración acordará su legalización o impondrá las medidas necesarias para adecuar la realidad a la ordenación territorial y urbanística, según resulten o no conformes con ella. Reglamentariamente se desarrollarán los supuestos y condiciones en los que, con carácter excepcional y en aplicación del principio de proporcionalidad, quepa la legalización, aun existiendo elementos de disconformidad no sustanciales con la ordenación aplicable, cuando las medidas necesarias para la adecuación de la realidad a la ordenación territorial y urbanística resulten imposibles o sean de muy difícil ejecución.

¹⁸ **Art. 153. 2.** Se exceptúan de la anterior regla, de modo que podrán adoptarse dichas medidas en todo momento, las siguientes actuaciones:

^{f)} Las parcelaciones urbanísticas en suelo rústico, salvo las que afecten a parcelas sobre las que existan edificaciones para las que haya transcurrido la limitación temporal del apartado 1 de este artículo. La excepción anterior, en relación con limitación temporal únicamente será de aplicación a la parcela concreta sobre la que se encuentre la edificación en la que concurren los citados requisitos, no comprendiendo al resto de la parcela o parcelas objeto de la parcelación. En ningún caso será de aplicación la limitación temporal a las parcelas que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en las letras anteriores del presente apartado.

¹⁹ **Disposición adicional Cuarta (se marcan en negrita los incisos anulados)**

1. Se entenderá que han sido objeto de desafectación implícita los tramos de vías pecuarias que hubieran adquirido las características del suelo urbano definidas en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, a la fecha de entrada en vigor de la misma y que hayan sido clasificados como urbanos por el planeamiento gene-

- y **Disposición derogatoria única**²⁰.

III. LAS RAZONES DE CADA IMPUGNACIÓN

1. Algunas consideraciones previas

Las impugnaciones se centran en la alegada vulneración de algunos preceptos constitucionales que se refieren sucintamente en el FºJº 1. Se imputa a toda la norma (la impugnación genérica que referimos *supra*) la vulneración de los arts. 1.1 y 23.2 CE, 108 del E. A. And, y 98 y 99 en relación con los arts. 110 y concordantes del Reglamento del Parlamento de Andalucía, por la tramitación por el procedimiento de urgencia tanto del anteproyecto como del proyecto de ley. Y en cuanto a los preceptos que han sido impugnados subsidiariamente se alega que los arts. 19.1 a), 21.1 y 2 b) y 22.1 y 2 vulneran la autonomía local (arts. 137 y 140 CE), el principio de seguridad

ral vigente, quedando exceptuados del régimen previsto en la sección 2.ª del capítulo IV del título I del Reglamento de Vías Pecuarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía aprobado por Decreto 155/1998, de 21 de julio.

2. La previa clasificación de la vía no impide la desafectación implícita regulada en el apartado anterior, que conllevará la desclasificación automática de los tramos afectados.

3. Se procederá a la desafectación de los tramos de vías pecuarias que transcurra por los ámbitos identificados por el instrumento de planeamiento urbanístico como Hábitat Rural Diseminado, aprobados a partir de la entrada en vigor de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, una vez aprobada su ordenación mediante el Plan Especial previsto en el planeamiento general. Será dicho instrumento el que delimite definitivamente el ámbito a ordenar, excluyendo del mismo los terrenos pertenecientes a las vías pecuarias que sigan manteniendo el carácter pecuario de las mismas, quedando exceptuados del régimen previsto en la sección 2 del capítulo IV del título I del Reglamento de Vías Pecuarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía aprobado por Decreto 155/1998, de 21 de julio.

En el informe previsto en la tramitación del Plan Especial, la Consejería competente en materia de Vías Pecuarias se pronunciará con carácter vinculante sobre la delimitación del ámbito.

4. El procedimiento administrativo para la desafectación, previo deslinde, será el siguiente: a) La Delegación Territorial de la Consejería competente en la materia emitirá informe sobre la procedencia de desafectación, en el que se acredite el cumplimiento de los requisitos antes expuestos, con determinación física del terreno a desafectar. b) Posteriormente, la Delegación Territorial acordará la apertura de un período de información pública, a fin de que, en el plazo máximo de veinte días, las personas interesadas puedan presentar alegaciones. c) Una vez informadas las alegaciones, la persona titular de la Delegación Territorial correspondiente formulará propuesta de resolución que, acompañada del expediente instruido al efecto, será elevada al órgano competente su resolución. d) El plazo para la instrucción del procedimiento de desafectación será de 9 meses desde el inicio del mismo. e) La Consejería competente en materia de Vías Pecuarias deberá regularizar la descripción física y jurídica del inmueble ante el Catastro y el Registro de la Propiedad. La resolución de desafectación será título suficiente para acreditar ante el Catastro Inmobiliario el cambio de naturaleza del inmueble y, en su caso, titularidad. Del mismo modo, constituirá título para la inscripción en el Registro de la Propiedad en los términos establecidos en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria. f) La resolución de desafectación deberá ser comunicada por la Consejería competente en materia de Vías Pecuarias a la Consejería con competencias en materia de Patrimonio para su toma de razón en el Inventario General de Bienes y Derechos de la Comunidad Autónoma, con remisión de los datos registrales y catastrales que permitan la identificación y localización de los terrenos desafectados, los cuales serán adscritos por la Consejería con competencia en materia de Patrimonio a la Consejería que resulte más adecuada en función de la naturaleza, características y situación de los terrenos desafectados.

²⁰ **Disposición derogatoria:** 2. Quedan derogadas expresamente las siguientes normas: ...f) Norma 45.4.a del Decreto 206/2006, de 28 de noviembre, por el que se adapta el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía.

jurídica (art. 9.3 CE) y la legislación básica en materia de medio ambiente, en concreto, el art. 13.1 del TRLS'15; los arts. 50 y 53 vulneran, a juicio de los recurrentes, la autonomía local (art. 137 y 140 CE); el art. 137.2 f) sería también contrario a la autonomía local, así como al art. 11.4 a) TRLS'15, incurriendo en una vulneración mediata o indirecta del art. 149.1.23 CE; los arts. 151.1 y 153.1 f) vulnerarían los principios de legalidad, igualdad y no discriminación (arts.9.3 y 14 CE) así como el de no regresión ambiental (art. 45 CE); la disposición adicional cuarta vulneraría, según la demanda, el art. 132 CE y la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de vías pecuarias, y, a su través, el art. 149.1.23 CE; finalmente, la demanda aduce que la disposición derogatoria, apartado 2 f) vulnera la legislación básica en materia de medio ambiente así como el principio de interdicción de la arbitrariedad del legislador (art. 9.3 CE) y el de no regresión ambiental (art. 45 CE).

Ya advierte tempranamente la sentencia comentada el empleo de una defectuosa técnica impugnatoria denunciada por los letrados de la Junta de Andalucía y del Parlamento Andaluz, a lo que responde el TC reiterando su tradicional doctrina, que aplica al supuesto concreto de este recurso con dos argumentos:

1.- Conforme a una consolidada doctrina constitucional, *“cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga de los recurrentes no sólo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal en un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan. Es justo, pues, hablar [...] de una carga del recurrente y en los casos en que aquella no se observe, de una falta de diligencia procesalmente exigible, que es la diligencia de ofrecer la fundamentación que razonablemente es de esperar (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 3, reiterada en las SSTC 43/1986, de 15 de abril, FJ 3; 36/1994, de 10 de febrero, FJ 1, y 61/1997, de 20 de marzo, FJ 13)” (STC 86/2017, de 4 de julio, FJ 2). Por esta razón, el Tribunal no podrá pronunciarse sobre preceptos que, siendo impugnados, los recurrentes no han hecho, más allá de su mera invocación, ninguna alegación, ni han desarrollado un mínimo razonamiento que cuestione su constitucionalidad. Del mismo modo, se advertirá, al abordar el enjuiciamiento de los concretos preceptos en cuestión, los casos en los que, recurriéndose formalmente el precepto entero, la impugnación, en realidad, no se extiende a la totalidad del precepto legal, sino que se limita a algunos de sus apartados, párrafos o incisos”*. Poderosa llamada de atención a los precursores de la impugnación por la incorrecta técnica procesal empleada que tendrá sus efectos en la resolución de la controversia.

2.- Y, además, el reproche de la incorrecta aplicación de la denominada “inconstitucionalidad mediata o indirecta”, esto es, al derivar la posible infracción, no de las prescripciones establecidas en la Constitución, sino de los preceptos básicos dictados en su aplicación (en el mismo sentido, en relación con el medio ambiente, STC 7/2012, de 18 de enero, FJ 3). Como igualmente explica el TC descansando en su reiterada doctrina (por todas, STC 82/2017, de 22 de junio, FJ 5), para que dicha

infracción constitucional exista será necesaria la concurrencia de dos circunstancias: “primera, que la norma estatal infringida por la ley autonómica sea, en el doble sentido, material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado y, segunda, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa”.

Esos dos reproches sirven al Tribunal para rechazar aquella impugnación *in totum* formulada por razones adjetivas o de procedimiento de aprobación de la Ley. Explica con algo más de detalle a modo de introito explicativo el rechazo a la supuesta aplicación indebida del trámite de urgencia²¹ en el FºJº 3 de esta manera:

“...un vicio de procedimiento solo podrá llegar a tener relevancia constitucional cuando su alcance sea de tal magnitud que haya alterado, no de cualquier manera, sino de forma sustancial, el proceso de formación de la voluntad de una Cámara, habiendo afectado, en consecuencia, al ejercicio de la función representativa inherente al estatuto del parlamentario. Dicho esto, debe señalarse a renglón seguido que la decisión de tramitar un proyecto de ley por el procedimiento de urgencia ni es revisable en esta instancia constitucional, al tratarse de una decisión de mera oportunidad política”.

Se cierran así las puertas a anulaciones totales por defectos de forma que no son cuestionables en sede constitucional. Argumento que además se refuerza cuando se aborda la impugnación o explicación referente a la supuesta disminución de garantías parlamentarias en la tramitación de la Ley por la aplicación del procedimiento de urgencia, que se trata y rechaza en el FºJº 4:

“...los recurrentes no han concretado en qué aspectos ni han acreditado que la reducción de los plazos de tramitación haya impedido, obstaculizado o limitado las facultades que a los diputados y a los grupos parlamentarios del Parlamento de Andalucía les corresponden en el procedimiento legislativo, habiendo resultado afectado el núcleo esencial de su ius in officium, ni que como consecuencia de aquella reducción se haya alterado de forma sustancial el proceso de formación de la voluntad de la Cámara”.

Mayor detenimiento merece la curiosa ausencia de respuesta al reproche argumental de naturaleza puramente procesal de los letrados autonómicos cuando plantean la falta de legitimación de los recurrentes por no ser parlamentarios andaluces. Recordemos que a la tarea impugnatoria se incorporan parlamentarios nacionales de ERC, Más País, Compromís y Nueva Canarias. Esa falta de legitimación activa la plantea a modo de causa de inadmisibilidad del letrado de la Junta de Andalucía. Y, en efecto, el FºJº 3 la recoge²² pero ni la explica ni la resuelve, lo que nos deja en la

²¹ Se argumentaba por lo recurrentes que “ni en la tramitación del anteproyecto y posterior proyecto de ley, ni en la ulterior actividad parlamentaria se justifica objetivamente el empleo del trámite de urgencia en detrimento del trámite ordinario. Se afecta con ello al derecho a la participación política en la tramitación parlamentaria de la iniciativa”.

²² “Hace hincapié, asimismo, en la falta de legitimación activa y pasiva de los recurrentes para cuestionar resoluciones del Parlamento autonómico en tanto no son diputados andaluces. Subraya a tal efecto que, en cuanto a los derechos de los

duda de si ese ánimo impugnatorio es, más que un uso, un abuso de armas constitucionales o si, por el contrario, les es dado a los parlamentarios nacionales impugnar normas autonómicas por defectos de forma que deriven de la indefensión de los parlamentarios autonómicos en la tramitación de las leyes. Hubiera sido deseable conocer el parecer del TC al respecto, pero, por esa suerte de incongruencia omisiva que se padece, no va a poder ser en esta ocasión²³.

2. Los asuntos competenciales

Comienza la sentencia que analizamos por explicar cuáles son las principales críticas a los que el recurso somete a la norma impugnada. El grueso de la carga impugnatoria parece referirse a la alegada inobservancia del reparto de competencias en esta materia, de modo que la denuncia se formula contra una supuesta invasión competencial al regularse en la Ley usos del suelo rústico y determinados procedimientos que los recurrentes atribuyen en exclusiva al Estado. Ya comentamos más arriba que es este un tema muy gastado en la doctrina constitucional en materia urbanística, y así nos lo hace saber también el TC. Desde antiguo se tiene clara la necesaria coexistencia de ambos ámbitos competenciales. Urbanismo y ordenación territorio son competencia autonómica, en tanto que régimen jurídico del derecho de propiedad, clases de suelo, derechos y deberes de los propietarios, procedimientos administrativos (de ahí la competencia para regular los efectos del silencio en normas

parlamentarios y conforme a la doctrina de este tribunal, el cauce para su control de constitucionalidad es el recurso de amparo, siendo así, además, que los diputados recurrentes fundan su pretensión de inconstitucionalidad en la vulneración del derecho fundamental a la participación política de los diputados del Parlamento de Andalucía sin ser titulares de este. Solicita por ello, en primer lugar, la inadmisión del recurso de inconstitucionalidad planteado y, subsidiariamente, su desestimación en este punto por inadecuación del procedimiento y falta de legitimación activa de los diputados del Congreso recurrentes”.

²³ No es la primera vez que el TC deja sin contestar de manera expresa algunos de los alegatos de las partes. Como ya expuse en otro lugar (“*La Ley de Vivienda 12/2023, una visión desde el derecho público. «Nihil novum sub soles»*”, en Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación, Número 51, 2023, págs. 39 y ss.) con motivo de la impugnación de la interpuesto en relación con la disposición final primera del Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, **la STC 15/2023, de 7 de marzo**, resolvía el recurso de inconstitucionalidad 2222-2021, y analizaba los límites materiales de los decretos leyes y la constitucionalidad de la atribución al juez de un margen de apreciación para acordar, en las circunstancias concurrentes en pandemia, la suspensión del lanzamiento de la vivienda habitual habitada sin título para ello, en términos ciertamente similares a como se había planteado el recurso que concluyó con la analizada supra STC 9/2023 y con idéntico pronunciamiento. El tercero de los motivos de impugnación de aquel recurso se contraía a la vulneración del art. 24 CE, en relación con los arts. 117.3 y 118 CE, que consagran el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales como vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva y atribuyen en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional a jueces y tribunales. Pues bien, ese tercer motivo no encuentra oposición argumental alguna en la sentencia (en una especie de incongruencia omisiva impropia del enjuiciamiento constitucional). De hecho, es que no se rebaten los argumentos del recurso formulado, si no es porque generosamente entendamos que se contiene una implícita refutación por asumir en su integridad las razones y fundamentos jurídicos empleados en otras sentencias también analizadas en ese pronunciamiento (8 y 9/2023), y por la fundamentación conclusiva del último FºJº, que a modo de cierre se propone.

estatales incluso para licencias urbanísticas), garantías expropiatorias y responsabilidad patrimonial son competencias normativas del Estado. Por todas, STC 61/1997 y otras posteriores referidas a las Leyes del suelo de 1998 y 2007. Así lo asume el F^oJ^o 4 de nuestra sentencia²⁴.

También se refiere a la alegada vulneración de la autonomía local, imputación que ofrece el recurso basándose en la discutida idea de que al obligarse a los ayuntamientos a definir lo que está o no prohibido en los ámbitos de suelos rústicos o especialmente preservados, se pone en tela de juicio su autonomía de decisión. Idea difícilmente explicable, por cierto, por cuanto pudiera parecer, contrariamente a lo alegado, que el otorgar esa posibilidad a cada ayuntamiento refuerza su capacidad de regulación. Residenciar en la voluntad local lo que en cada término municipal es o no rústico y especialmente protegido desde la perspectiva urbanística refuerza, a nuestro juicio, esa autonomía local que dicen en peligro. La STC rechaza la idea y para justificar su decisión también se fundamenta en otros pronunciamientos anteriores:

*“Por otra parte, también ha sido alegada en algunas ocasiones la vulneración del principio constitucional de autonomía local reconocida en los arts. 137 y 140 CE. En lo que a esto último respecta basta con la remisión al fundamento jurídico 6 de la STC 57/2015, de 18 de marzo, que expone la doctrina constitucional sobre dicho principio de autonomía local”*²⁵.

²⁴ “Ahora bien, es pertinente recordar acerca de las competencias autonómicas en materia de urbanismo y ordenación del territorio que, como matizamos en la STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 5, esta exclusividad competencial “no autoriza a desconocer la que, con el mismo carácter, viene reservada al Estado por virtud del art. 149.1 CE, tal como ha precisado la STC 56/1986 (fundamento jurídico 3), referida al urbanismo, y la STC 149/1991 [fundamento jurídico 1 B)], relativa a ordenación del territorio”, por lo que “la competencia autonómica en materia de urbanismo ha de coexistir con aquellas que el Estado ostenta en virtud del art. 149.1 CE, cuyo ejercicio puede condicionar, lícitamente, la competencia de las comunidades autónomas sobre el mencionado sector material”. Esto es, “ha de integrarse sistemáticamente con aquellas otras estatales que, si bien en modo alguno podrían legitimar una regulación general del entero régimen jurídico del suelo, pueden propiciar, sin embargo, que se afecte puntualmente a la materia urbanística (establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad urbana, determinados aspectos de la expropiación forzosa o de la responsabilidad administrativa)” (STC 61/1997, FJ 6 b)).”

²⁵ En esencia, recuerda el argumento allí explicado de que la autonomía local reconocida en los arts. 137, 140 y 141 CE, «se configura como una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar y que se concreta, básicamente, en el ‘derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto les atañen, los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 4)’; (STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 39)”. Límites que son igualmente abordados en otros pronunciamientos constitucionales (Ss. TC 132/2014, de 22 de julio, con cita expresa, entre otras y destacadamente, de la STC 240/2006, de 20 de julio, o la de 159/2001, de 5 de julio, como también la STC 40/1998, de 19 de febrero; e incluso en la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985, ratificada por España en 1988, cuyo art. 3 define el ‘Concepto de la autonomía local’). En todos esos pronunciamientos se señala que ese “derecho de intervención en los asuntos de su competencia forma, por tanto, el núcleo primigenio de la autonomía local”. Y como igualmente nos re-

En este supuesto, lo que los diputados recurrentes vienen a cuestionar es la utilización en la Ley de la técnica de la prohibición municipal expresa, al considerar más adecuada y eficaz la de la especificación local de los usos autorizables en suelo rústico. No pueden prohibir, sí pueden decidir lo que sería autorizable. Esa parece ser la clave de la inconstitucionalidad de la norma.

3. Del estudio del régimen jurídico del suelo rústico: examen de los arts. 19.1 a), 21.1 y 2 b) LISTA y consecuentemente de la liberación de licencia para los movimientos de tierras que comportan los usos mineros (artículo 137.2.f)

Esos preceptos son los que abordan el discutido tratamiento del suelo rústico, sus usos y las operaciones autorizatorias que sobre ellos se proponen en la Ley. Consideran los diputados recurrentes que el inciso del precepto “*no se encuentran prohibidos por la ordenación [...] urbanística*” del art. 19.1 vulnera directamente el principio de seguridad jurídica enunciado por el art. 9.3 CE y la garantía constitucional de la autonomía local que establece el art. 140 CE, al imponer a las entidades locales una determinada técnica planificadora consistente en la determinación de las actividades prohibidas en suelo rústico, así como indirectamente el art. 149.1.23 CE, por contravenir el art. 13.1 TRLS’15. Se cuestiona el establecimiento que hace la norma de la técnica formal de la prohibición municipal para determinar los usos susceptibles de desarrollo en el suelo rústico, al atribuirle una vis expansiva de usos y explotaciones incompatibles con los valores ambientales de este tipo de suelo que afectaría, además, al principio de seguridad jurídica, en tanto resultaría inevitable la incertidumbre sobre la normativa aplicable y los intereses jurídicamente tutelados ante los diversos avances técnicos que se fueran produciendo. Esto es, no debe corresponder al municipio la tarea de decidir a través de su planeamiento municipal lo que está o no prohibido en el suelo rústico, sino que la tarea corresponde directamente al legislador urbanístico, además de la constancia de otras limitaciones que fueran aplicables por las normas sectoriales. Y eso en esencia, a juicio de los recurrentes, limita la autonomía local y es un ataque a la seguridad jurídica. Por lo que se traslada en los antecedentes de la sentencia que analizamos, poco se puede colegir del razonamiento lógico que debería llevarnos a esa conclusión. Aun así, de la lectura de la fundamentación jurídica parecen disiparse algunas dudas:

a’.- No se advierte inseguridad jurídica en la propuesta legislativa acerca de la prohibición/autorización de usos en suelo rústico introducida en el art. 19.1.a) LISTA. La seguridad jurídica de una norma viene perfectamente definida en la doctrina

cuerda esa constante doctrina, los asuntos de interés de los municipios y a los que por tanto se extienden sus competencias, figuran, de acuerdo por lo dispuesto en la normativa básica estatal, tanto el urbanismo [art. 25.2 a) LBRL, en la redacción dada al mismo por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local] como el medio ambiente [art. 25.2 b) LBRL].

constitucional: “solo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica”²⁶. Y el texto legal debatido da perfecta y cumplida cuenta de qué criterios se manejan para prohibir o permitir en cada una de las subcategorías de suelos rústicos (de especial protección, preservados o de régimen común) que se definen con precisión en los arts. 12, 14, 19 y 20 LISTA.

b’.- Por lo que toca a la vulneración del principio de autonomía local, y como referimos arriba, se discute si la técnica de la prohibición municipal expresa invade esa autonomía, al considerar más adecuada y eficaz la de la especificación local de los usos autorizables en suelo rústico. Y naturalmente, ante este alegato por entero carente de sustento normativo o doctrinal, el TC responde mediante el reconocimiento y atribución al legislador autonómico de las competencias para decidir las diversas maneras de regular la actividad urbanística, otorgando en ella a los entes locales “una mayor o menor presencia y participación en los distintos ámbitos en los cuales tradicionalmente se divide el urbanismo (planeamiento, gestión de los planes y disciplina), no cabe sino concluir que el legislador ha respetado la garantía institucional de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes”. No se alcanza a comprender en qué aspecto concreto de la regulación discutida se fundamenta el recurso para atribuir a la vulneración de la autonomía local la decisión de que su margen de apreciación se aumente. Que un ayuntamiento decida en el ámbito del suelo rústico qué usos están prohibidos o autorizados en cada clase de suelo, con respeto absoluto -como no puede ser de otra manera²⁷- a las posibles limitaciones que otras normas sectoriales impongan a cada subcategoría, no sólo no limita la autonomía local, sino que decididamente la refuerza. Porque, desde luego, si lo que se pretendía era apuntalar ese supuesto ataque a la autonomía local en el argumento de que por ahí se iba a permitir que en suelos especialmente protegidos el planificador local iba a habilitar la implantación de cualquier clase de uso, la interpretación es bien clara. El TC nos recuerda que las limitaciones del art. 13 TRLS’15 siguen vigentes para cualquier clase de suelo especialmente protegido (STC 42/2018, de 26 de abril), y por ello “no solamente es necesario que el uso ordinario no esté prohibido por la ordenación territorial y urbanística, sino que el uso

²⁶ Se sustenta en las ss. TC150/1990, de 4 de octubre; 142/1993, de 22 de abril; 212/1996, de 19 de diciembre; 96/2002, de 25 de abril; 238/2007, de 21 de noviembre; 84/2008, de 21 de julio; 90/2009, de 20 de abril y 136/2011, de 13 de septiembre.

²⁷ Esos suelos especialmente protegidos o preservados “quedarán sometidos a la defensa y mantenimiento de los valores, fines y objetivos que motivaron su protección o preservación conforme al régimen que se establezca en la legislación y ordenación sectorial, territorial y urbanística correspondiente” (art. 19.3). No se acierta a vislumbrar dónde y cómo se alteran competencias a través de esa supuesta invasión de la autonomía local.

en cuestión ha de estar permitido por dicha ordenación, pues se trata de una limitación que viene impuesta por la legislación aplicable por razón de la materia, tal como señala el último inciso del precepto impugnado”

c’.- En el estudio de la impugnación de los apartados del art. 21 de la Ley que regulan el régimen jurídico del suelo rústico, en lo que respecta exclusivamente a las actividades minera y de infraestructuras de energías renovables (únicas objeto de recurso), la sentencia que comentamos cuenta con un precedente jurisprudencial cercano del que toma su argumento. En efecto, las actuaciones ordinarias derivadas de la propiedad en suelo rústico que se contienen en al art. 21.1 y 2 b) LISTA merecen el mismo tratamiento, a juicio del TC, que el ofrecido en su sentencia 86/2019, FJ 8, respecto a la calificación como ordinarios de determinados usos de suelo previstos en la Ley del Parlamento de Canarias 4/2017, de 13 de julio, del suelo y de los espacios naturales protegidos de Canarias. Allí se explicaba que en suelos rústicos de régimen común o en el que mereciera protección hidrológica, minera o de infraestructura, los usos extractivos y de infraestructuras pueden tener carácter de ‘ordinarios’. Pero no ocurrirá así en los suelos con protección sectorial o preservados por otras razones, en cuyo supuesto esas actividades mineras o infraestructurales puedan alterar el valor insito de ese suelo por la excepcionalidad que los mismos representan desde la perspectiva de preservar ese valor inherente. Y así se proyecta la doctrina expuesta sobre la norma andaluza. Los usos mineros y de infraestructuras de energías renovables podrán ser considerados ‘ordinarios’ en el suelo rústico de régimen común, pero distinta es la conclusión respecto a las restantes subcategorías de suelo rústico, las de especial protección o las preservadas, pues en ese caso su calificación como suelo rústico responde a la necesidad de que cuente con una protección específica, protección que se vería enervada por la calificación como ordinarios de tales usos, que resulta incompatible con la excepcionalidad e intensidad que los usos mineros y los vinculados a energías renovables representan. Esa exclusión del carácter ordinario no impide, como dice la sentencia estudiada, que en el resto de suelos rústicos de las letras a), b) y c) del art. 14.1 LISTA, esos mismos usos y actividades pudieran acogerse al régimen de las actuaciones “extraordinarias” del art. 22 LISTA y al resto de condiciones impuestas por el ordenamiento.

La cuestión en la práctica no es baladí. Si se reputaran esos usos como ordinarios, la implantación sólo requiere de licencia municipal. Al encuadrarse en los denominados ‘extraordinarios’, antes de la licencia se requiere de una autorización previa a la concesión de aquella que cualifique los terrenos donde pretendan implantarse, así como la sujeción a un periodo de información pública y audiencia de los titulares de los terrenos colindantes y de las Administraciones Públicas que tutelan intereses públicos afectados, con un plazo máximo para notificar la resolución del procedimiento mayor que el de la simple licencia (seis meses), y el silencio tendrá

efecto desestimatorio. Además, se imponen otra cargas de carácter adjetivo, como la de poder quedar sometida la autorización de implantación, si reglamentariamente se decide, a una duración limitada de la cualificación con las obligaciones de restitución de los terrenos finalizada la misma y la de prestar *“la necesaria compensación por el uso y aprovechamiento de carácter extraordinario del suelo,”* con una cuantía del diez por ciento del presupuesto de ejecución material de las obras que hayan de realizarse, excluido el coste correspondiente a maquinaria y equipos. Como se ve, se trata de imponer un mayor control en la implantación efectiva de esos usos mineros y de infraestructuras de energías renovables, por entenderse que su autorización por mera licencia municipal pudiera poner en peligro los valores que se protegen en las categorías reservadas de suelo rústico.

Pero la exclusión de esos concretos usos impugnados merece una reflexión. Admitamos que unos mayores controles aseguran la mayor protección que se persigue²⁸; ¿alguien puede explicar por qué razón no se impugnan -y consecuentemente no se anulan- por los mismos criterios y fundamentos los usos ‘ordinarios’ vinculados al aprovechamiento hidráulico o a las telecomunicaciones? Esos usos también se califican de ordinarios en el art. 21, sólo requieren de licencia municipal para su implantación y son por entero susceptibles de provocar la misma degradación de los valores naturales que se pudieran encarnar eventualmente en los suelos especialmente protegidos o preservados, pues sus necesidades técnicas y constructivas de implantación (su potencial destructivo del entorno natural) es similar al de las infraestructuras de energías renovables. Es preciso preguntarse sobre si son esos usos específicos susceptibles acaso de provocar *“la transformación de la naturaleza rústica de los terrenos (lo que sucede cuando la implantación de un concreto uso provoca la pérdida irreversible de su capacidad vegetativa, de manera que esta no puede restaurarse al finalizar la actividad que se desarrolla)”*. ¿Cómo unos sí merecen esa mayor protección y los otros no? Como ra-

²⁸ Criterio que parece no ser el que el propio TC mantuvo en otra reciente sentencia en la que se enjuiciaba el art. 3 de la Ley Canaria 2/2016, en cuanto a la redacción que daba al artículo 6.1 de la Ley 6/2002, que permitía determinados usos turísticos en las islas occidentales “en cualquier clase de suelo”, incluidos los de especial protección y aunque la planificación urbanística no los contemplara expresamente, hasta el punto que la nueva norma anulaba los planes que contradijeran esa autorización. La razón de esa generosa permisividad se centra en que la condiciona a que sea posible en función del tipo de suelo de que se trate, pues ha de cumplir *“las condiciones establecidas para la respectiva categoría”*. Vincula así el uso turístico que se permite con el tipo de suelo de que se trate y el régimen de protección que le haya otorgado el legislador canario en el ejercicio de su competencia en materia de urbanismo: *“No se desconoce, por tanto, el criterio de la legislación estatal relacionado con la protección de los valores específicos de este tipo de suelo, en cuanto que el uso turístico no se permite al margen de la preservación de los posibles valores que concurran en el suelo, los cuales, como ya se ha señalado, han de ser protegidos en todo caso”* (STC 42/2018, de 26 de abril (BOE núm. 130, de 29 de mayo de 2018). Exactamente lo mismo que había previsto el art. 19,1 LISTA, cuando permitía esos usos ordinarios (los de aprovechamientos hidráulicos y los de telecomunicaciones, pero también los finalmente anulados por esta Sentencia que estudiamos) siempre y cuando *“...no se encuentren prohibidos por la ordenación territorial y urbanística, quedando sujetos a las limitaciones y requisitos impuestos por la legislación y planificación aplicables por razón de la materia”*.

zona la propia resolución constitucional, se trata de proteger de determinados usos potencialmente agresivos por su propia esencia y por su intensidad, “*protección que se vería enervada por la calificación como ordinarios de tales usos, calificación incompatible con la excepcionalidad e intensidad que los usos mineros y los vinculados a energías renovables representan desde la perspectiva de preservar los valores inherentes al suelo de esta naturaleza que le han hecho merecedor de una protección específica*”. No otra cosa que lo que se destila de una simple lectura del art. 13 TRLS’15, con los dos criterios de protección que un terreno natural impone a juicio del TC: “*el primero, la necesidad de que la utilización de los terrenos con valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos está condicionada siempre a la preservación de dichos valores, y el segundo, que los actos de alteración del estado natural de los terrenos han de estar expresamente autorizados por la legislación autonómica. Así pues, los usos posibles del suelo rural que esté sometido a un régimen especial de protección quedan, en todo caso, condicionados a la preservación de los valores que justifican su protección*” (FºJº 6 de la sentencia analizada). Y llegados a este punto se impone la reflexión: la implantación de una central hidroeléctrica o de un centro de telecomunicaciones ¿no son potencialmente debilitadores de aquellos valores especialmente protegidos? Esa diferencia no está justificada en el recurso ni explicada en la sentencia, lo que hace especialmente difícil su comprensión. O tal vez sea sólo una azarosa apreciación personal, posiblemente equivocada.

En conexión con lo anterior, no es de extrañar, por tanto, que se anulen también las referencias a la exigibilidad de licencia cuando se trate de actividades extractivas o usos mineros que se contemplan en el artículo 137 de la LISTA. Porque, en efecto, en el fundamento jurídico 10, al abordar la constitucionalidad del art 137.2.f) la sentencia que analizamos concluye en que, por la indudable concurrencia en cualquier actividad minera del presupuesto fáctico previo del movimiento de tierras, dada la experiencia relativa a la constitucionalidad de los preceptos que imponían el silencio administrativo negativo a estas actuaciones, la respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad de ese artículo sólo puede ser positiva²⁹.

²⁹ Recordemos que el Real Decreto Ley de Gasto Público (según aparece en el BOE, su denominación exacta es “*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*” estableció en su artículo 23 el silencio negativo en procedimientos de autorización administrativa para los actos de transformación que contemplaran movimientos de tierras, explanaciones cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación. Ese precepto fue declarado inconstitucional por la STC 29/2015, de 19 de febrero de 2015, resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1772-2014, ya que el Gobierno no había aportado una justificación suficiente que permitiera apreciar la existencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad requerido por el art. 86.1 CE para el uso de la legislación de urgencia en relación con el art. 23 del Real Decreto-ley 8/2011, lo que determinó la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de dicho artículo por vulneración del citado precepto constitucional. No obstante, ese precepto mantuvo su redacción de 2011 en la LRRR’2013. Cuando fue recurrida, el Tribunal Constitucional anuló parcialmente el artículo 11 del TRLS’15 pero sin que ello afectara al apartado relativo al silencio negativo en lo referente

En la sentencia que comentamos la anulación de ese precepto viene justificada por cuanto el precepto autonómico exime de licencia urbanística municipal al uso minero que, por su propia naturaleza, conlleva la necesidad de ejecutar movimientos de tierra y explanaciones (al tener la naturaleza de obras en el suelo y el subsuelo) que la norma básica somete a licencia municipal. Conforme al tenor de esta norma básica deben entenderse sujetas a la autorización que exige el art. 11.4 a) TRLS'15 *“los movimientos de tierras y explanaciones que en todo caso van a derivar del uso minero en suelo rústico, licencia que se excluye expresamente por el precepto autonómico y que determina que entre en una contradicción insalvable por vía interpretativa con la norma estatal que constituye su parámetro de enjuiciamiento”*. Por lo que, siendo aquella normativa básica estatal, cualquier liberación de la autorización ahí exigida sería contraria al orden constitucional de competencias.

4. La impugnación del art. 22, apdos. 1 y 2: solución -en falso- al problema de las viviendas unifamiliares en suelo rústico

Y de este modo llegamos a la que, tal vez, sea la más interesante de las temáticas abordadas por la sentencia que comentamos, pues fue una de las medidas estrella de la normativa andaluza y, además, una de las que más eco mediático obtuvo, tanto por su mera aprobación como por la impugnación en el ámbito de este recurso de inconstitucionalidad. Cuando el legislador andaluz decidió en 2002 prohibir radicalmente la construcción de edificaciones de uso y destino residencial en suelo rústico, salvo que estuvieran vinculadas y fueran proporcionales a cualquiera de los usos ordinarios allí permitidos, se plantó la semilla de lo que luego se tradujo en un innumerable reguero de conflictos políticos, doctrinales y, sobre todo, jurisdiccionales que han llevado a no pocos andaluces a los tribunales (no sólo a los contencioso-administrativos, sino a los más comprometidos juzgados de lo penal) a poco que edificaran, levantaran, construyeran o instalarán cualquier tipo de obra que no estuviese comprendida dentro de los usos ordinarios en el suelo rústico. La herencia de aquella prohibición establecida en los artículos 42 y siguientes de la LOUA generó una hornada de procedimientos sancionadores y diligencias penales que en no pocas ocasiones ha concluido con la condena de privación de libertad de quienes, seguramente llevados por un flagrante error de prohibición, levantaban ese tipo de obras, construcciones e instalaciones sin saber de su gravedad y del rigor de las sanciones que acarrearaban. Si damos por buenos los números que se contemplan en la Exposición de Motivos del Decreto andaluz de 2019³⁰ que regulaba el régimen jurídico de los edificios asimila-

a movimientos de tierras. Así lo reflejó la sentencia 143/2017, de 14 de diciembre de 2017, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 5493-2013 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley.

³⁰ 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.

dos a fuera ordenación³¹, en ese momento eran 300.000 las viviendas ilegales que se levantaban en el entorno rural en Andalucía. Potencialmente, 300.000 infracciones penales, a los ojos del legislador andaluz de 2022 que, bien es verdad, se han generado por la relajación absoluta de la conciencia social de los infractores, pero también por la indolencia secular de las administraciones públicas en su cometido de cumplir con las labores de policía urbanística que les vienen impuestas de manera sostenida por las normas aplicables en esta materia. Pero lo cierto es que aquel empeño del legislador de “*ponerle puertas al campo*” (nunca mejor empleada la expresión) ha llevado a situaciones verdaderamente turbadoras, cuando no claramente injustas. Con ello no estamos queriendo justificar el continuo ataque que el entorno rural está sufriendo el campo andaluz, no se trata de excusar las múltiples ilegalidades que ese medio viene sufriendo desde hace décadas en España, porque ciertamente es un problema al que había que poner coto. El fondo versa de otra cosa. En esta comunidad autónoma (también en muchas otras zonas de España), tan natural es cultivar el suelo rústico como construir en él³². Y esa es una tendencia sostenida en el tiempo, no sólo de estos últimos años. La creciente intensidad en esos usos es lo que ha hecho de esta particularidad un problema. Pero la decisión legislativa de prohibir a partir del año 2002 cualquier construcción que no fuese de las que se integran en los denominados “usos ordinarios” fue una mala opción político-legislativa³³. No sólo no se ha conseguido parar la sangría urbanística y ambiental, sino que el mal uso de los remedios normativos ha llevado a muchos infractores, que debieron ser reprendidos por la vía administrativa, a sentarse en el banquillo de los acusados. Con la penosa y agravada particularidad de la desigualdad en el trato, de que sólo han sido *algunos* de ellos los castigados penalmente, como es bien notorio, por lo que esta aplicación tan disímil, arbitraria e injusta de las normas penales (sólo se reprende a algunos, muy pocos) hace doble incuria de quien ha resultado penalizado por esta lotería al revés que supone la incoación de un procedimiento penal, en lugar de la tramitación de un procedimiento sancionador o de restitución de la normativa urbanística.

³¹ Sobre la regulación derivada de esta normativa y los problemas derivados de los inmuebles en situación de asimilados fuera de ordenación, LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, en “*Las medidas de adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares*”. En obra colectiva “Un nuevo paradigma en el urbanismo andaluz...” op. cit. págs. 567 y ss.

³² No en vano, y en palabras del propio TC, “*la facultad de edificar no es ajena a la propiedad del suelo en situación básica rural—donde pueden haber tanto las construcciones vinculadas a su explotación primaria como otros usos no vinculados a esta, siempre de acuerdo con lo establecido en el planeamiento y en el marco de la regulación urbanística y de ordenación territorial y la legislación sectorial—*” (STC 143/2017, FJ 21)

³³ Absolutamente contraria a la lógica por otra parte, como señala JORDANO FRAGA, Jesús, “*La reclasificación del suelo no urbanizable*”, monografía asociada a la Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación número 21, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2009, cuando razona al respecto de la indeseada tendencia a prohibir esos usos en el suelo rústico que “*abrir esta espina 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*” (página 373)

Se daba además la particularidad de que hasta el año 2010 (fecha en la que se publica el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía) y, sobre todo, después del año 2019 no se aborda con seriedad el asunto de las edificaciones que, levantadas a espaldas de toda legalidad urbanística, ya contaban con una antigüedad suficiente como para que les fuera imposible la aplicación de las medidas de restitución de la legalidad urbanística, lo que generaba una formidable bolsa de suelos en entornos naturales con edificaciones que no podían demolerse y que, además, exigían demandas infraestructurales. La paradoja era que no se les podían ofrecer legalmente, pero no por ello dejaban de serles precisas. Terminaban por ser obras ilegales con suministros ilegalmente instalados. En efecto, esas obras subrepticias precisaban de agua, electricidad y depuración de aguas sucias que, imposibilitados de satisfacción a través de las redes públicas, generaban importantes efectos adversos al medio ambiente (captaciones ilegales de agua, vertidos incontrolados a cauces públicos o al subsuelo, el mismo subsuelo de donde las aguas ilegales eran después extraídas para su uso doméstico, enganches clandestinos a redes eléctricas, etc.). *No hay peor ciego que el que no quiere ver*, perdónesenos el uso de la expresión popular, pero que retrata el papel que mientras tanto vinieron desempeñando las administraciones públicas andaluzas.

Con la instauración del régimen jurídico de las edificaciones asimiladas a fuera de ordenación (AFO) se intentó mitigar en parte el problema suscitado por esta ceguera institucional. Pero fue decididamente la LISTA la que ofreció una solución valiente: hacia el pasado, la legalización de lo edificado *alegalmente* y, hacia el futuro, la regularización de la actividad de edificación de usos residenciales en entornos naturales. No sólo se regulariza lo levantado furtivamente, pero ya consolidado por el tiempo, sino que se va a instaurar un régimen jurídico específico para permitir las construcciones en suelo rústico de viviendas unifamiliares aisladas que cumplan con una serie de determinaciones técnicas, geográficas y jurídicas que garanticen el respeto a los valores ambientales y naturales propios de ese tipo de suelo. Así se propuso en el artículo 22 del texto legal y así se desarrolló en el artículo 31 de su Reglamento. Como digo, una apuesta decidida, valiente y audaz.

Pues bien, se recurrió esta norma (impugnación que se presenta con clara vocación de ariete político) por las razones que se explican en el fundamento jurídico 7 de la sentencia que analizamos. En esencia, los motivos impugnatorios son los mismos que se emplearon contra los artículos 19 y 21 arriba glosados: principio de seguridad jurídica, vulneración de la autonomía local, inidoneidad del procedimiento de urgencia y la rebaja del nivel de protección ex art. 149.1.23 CE, infringiendo el art. 13.1 TRLS³⁴, además de la genérica impugnación relativa a la inapropiada utilización

³⁴ Olvidando tal vez la rotundidad con la que el TC ya había despachado este reproche (y que también ahora se nos recuerda) cuando razonaba que “...*partiendo de que el legislador estatal reconoce su singularidad y condiciona el ejercicio de las facultades que integran el derecho de propiedad sobre este tipo de suelo, corresponderá al*

de la técnica de la prohibición municipal expresa, al considerar los recurrentes más adecuada y eficaz la de la especificación local de los usos autorizables en suelo rústico. Y naturalmente las razones del rechazo genérico a esas impugnaciones se reiteran en este fundamento jurídico. Se añade además, en lo que refiere a la vulneración de la autonomía local, la improcedencia del alegato por cuanto, en primer lugar, estas actuaciones extraordinarias en suelo rústico han de cumplir tres condiciones sin las que es imposible edificar (no estar prohibidas por la legislación urbanística; respetar el régimen de protección que sea de aplicación y que esos usos, bien contribuyan al desarrollo del medio rural, bien hayan de emplazarse en esta clase de suelo por resultar incompatible su localización en suelo urbano); pero, además, es que en las actuaciones extraordinarias se impone un doble filtro (una autorización previa de calificación de suelos y una licencia posterior), por lo que la autonomía local está más que garantizada.

Con todo, lo más interesante de esta doctrina es la interpretación que allí se ofrece del alcance del artículo 13 del TRLS'15, en relación con la posibilidad de autorizar determinados usos en suelo rústico, cuya definición corresponde en exclusiva a las CC.AA: *“Es patente, por tanto, que el art. 13.1 TRLS'15 no regula los usos posibles del suelo rústico, cuestión que corresponde determinar al legislador autonómico competente por razón de la materia, lo que es conforme con la doctrina constitucional que ya ha declarado que, al amparo de estos títulos competenciales, el Estado no puede imponer un determinado modelo territorial o urbanístico a las comunidades autónomas, pero sí incidir o encauzarlo mediante directrices y normas básicas que estas han de respetar. Dentro de esos parámetros, corresponde a las comunidades autónomas 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].”*

Y en ese sentido es claro que el Tribunal Constitucional termina por fijar la doctrina acerca de a quién corresponde y en qué condiciones determinar los posibles usos de las distintas clases de suelo. Por ello determina en ese mismo fundamento jurídico las siete conclusiones que deben extraerse de ese argumento, a saber:

- la facultad de edificar no está excluida a radice de la propiedad del suelo rural;
- aunque para ello se habrá de respetar su régimen de protección específico;
- y por ello ahí caben, naturalmente, las construcciones vinculadas a su explotación primaria;

legislador autonómico: (i) concretar su clasificación y categorización; (ii) definir y delimitar los usos a que cabe dedicar el suelo rústico, vinculados “a la utilización racional de los recursos naturales”; (iii) determinar las condiciones que podrán legitimar con carácter excepcional y por su interés inherente ciertos actos y usos específicos de carácter extraordinario sobre este tipo de suelo “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”, en términos del art. 13.1 TRLS'15”.

- pero también los usos no vinculados a los primarios, sin límites apriorísticos;
- es al legislador urbanístico -al autonómico- a quien corresponde definir qué son y cómo se regulan las denominadas actuaciones extraordinarias en el suelo rústico;
- ello no obsta a que se hayan de respetar las condiciones básicas establecidas por el Estado (la preservación del suelo de la urbanización y la garantía de la utilización racional de los recursos naturales);
- por lo que para la autorización de su implantación será exigible la defensa y mantenimiento de los valores, fines y objetivos que motivaron aquella protección.

De esa propuesta jurisprudencial pudiera entenderse que, con esas condiciones y límites, los usos residenciales en suelo rústico estarían también permitidos, siempre y cuando el legislador autonómico así lo decidiese. Y a ello dedica la sentencia analizada la segunda parte de este FºJº 7 en el que nos estamos empleando. A este respecto es donde más sorprendente termina por ser la explicación que la sentencia nos ofrece. El artículo 22 de la LISTA estableció dos escenarios distintos en los que era posible la construcción de viviendas unifamiliares:

- las que se vinculen a las actuaciones extraordinarias en suelo rústico en las que se garanticen la proporcionalidad y vinculación entre ambas, y
- las viviendas unifamiliares aisladas sin vinculación concreta a usos ordinarios ni extraordinarios en esta clase de suelo.

De ese modo, respecto de las primeras se declara su inconstitucionalidad en la forma en que está redactada la norma, por contravenir los límites impuestos en el artículo 13 del TRLS'15. El argumento que se emplea es ciertamente sugestivo. Habrá que empezar por aclarar cuáles son las viviendas que ese apartado permite autorizar, que sólo serán aquellas que, levantadas junto a equipamientos, usos industriales, terciarios o turísticos y cualesquiera otros que deban implantarse en esta clase de suelo, estén vinculadas a ellas, y se autoricen conjuntamente, y además *“debiendo garantizarse la proporcionalidad y vinculación entre ambas”*. Proporcionalidad y vinculación que son dos conceptos jurídicos indeterminados que se han venido empleando con naturalidad en la normativa urbanística andaluza desde el año 2002. Piénsese que eran las dos exigencias que, también para usos residenciales en suelo rústico, se imponían para el supuesto en el que se pretendía la construcción de una vivienda junto a una explotación agrícola, ganadera, forestal o análoga en el artículo 42 de la derogada LOUA. Y como conceptos jurídicos indeterminados que son, no permiten modulaciones discrecionales, arbitrarias o caprichosas por el órgano actuante, sino que responden a unos criterios que ya la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se ha venido encargando de marcar a lo largo de los 20 años de vigencia de aquella Ley. Por tanto, son conceptos utilizables por los operadores

jurídicos que en último extremo podrán verse sometidos al control jurisdiccional en caso de un uso indebido y una extensión indeseada de los límites en los que debe enmarcarse la actuación urbanística del ayuntamiento. En definitiva, las viviendas que eventualmente hubieran podido autorizarse como apoyo del uso extraordinario al que sirven (labores de vigilancia, mantenimiento, control, etc. de la instalación principal) ni van a formar núcleo de población, ni van a suponer en ningún momento una transformación indeseada del entorno rural en el que se encuentren más allá del que le pudiera provocar la instalación principal a la que sirven.

No en vano, y para prevenir esos usos indebidos, acotándolos, el artículo 30 RLISA se encargaba de establecer las exigencias para esas edificaciones:

“Conforme a lo dispuesto en el mismo artículo, podrán autorizarse conjuntamente edificaciones destinadas a uso residencial, debiendo garantizarse la proporcionalidad y vinculación entre éstas y las actuaciones extraordinarias. A estos efectos se establecen las siguientes condiciones de implantación:

- Con carácter general, 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.

- Que la vivienda y la actuación extraordinaria se desarrollen en la misma finca.

- Que la ejecución de la vivienda suponga una inversión económicamente viable y amortizable en un determinado plazo en relación con los ingresos que genera la actuación.

- Que se mantenga la vinculación entre la vivienda y la actuación extraordinaria. A estos efectos serán de aplicación las condiciones que se establecen en el artículo 29.3 y 4”.

No son razones suficientes, ha razonado el Tribunal Constitucional. Entiende que no pueden permitirse esas viviendas vinculadas por dos motivos: (i) el hecho de que se entienda de interés público la implantación del equipamiento, dotación o infraestructura a la que van a servir, no implica que esa vivienda vaya a responder a ese mismo criterio de interés público. De la lectura de ese argumento podría colegirse que el TC presupone que en el proceso constructivo el equipamiento en concreto va por una parte y la vivienda por otra, como si se desligara del destino para la que se construye, que no es otro que cumplir con funciones de vigilancia, asistencia, gestión o control de aquel equipamiento. Y (ii) que esa supuesta indeterminación del interés al que responde a la construcción de la vivienda vinculada es la que hace poner en alerta al Tribunal por una eventual situación de peligro para los criterios medioambientales de la norma estatal (arts. 13 y 19 TRLS’15). Insiste en que la preservación de los valores de todo suelo rústico no se salva precisamente por el mal uso que pueda darse de los conceptos jurídicos indeterminados impuestos en la Ley (vinculación

y proporcionalidad), ni con las prevenciones reglamentarias arriba transcritas (art. 30), que pretenden desarrollar esta previsión. Resulta paradójico que la observancia de las exigencias de ahí derivadas no le resulte suficiente al Tribunal Constitucional para absolver al precepto cuya constitucionalidad enjuicia. Y lo es por cuanto se oponen los mismos reparos que son refutados por esta misma sentencia en apartados anteriores: el mal uso que los operadores hagan de la norma no justificaría su inconstitucionalidad. O al menos esto es lo que proclama en el FºJº 2, a modo de frontispicio argumentativo de todos los que continuación se propone explicar en el resto de su copiosa fundamentación³⁵.

Pero mayor aún es la incoherencia en la que, a mi juicio, incurre esta reflexión cuando se estudian las razones jurídicas por las que a renglón seguido el Tribunal Constitucional ofrece pleno cobijo a la construcción de viviendas unifamiliares aisladas y no vinculadas a ningún uso ordinario ni extraordinario del suelo rústico. En efecto, cuando se encarga de enjuiciar el segundo apartado del art. 22.2 (aquel que permite, en los términos que se establezcan reglamentariamente, la autorización de viviendas unifamiliares aisladas sin vinculación concreta a usos ordinarios ni extraordinarios en esta clase de suelo) bien podría haber empleado los mismos argumentos que en los párrafos anteriores para declarar, incluso con más contundentes razones ambientales, la indiscutible inconstitucionalidad de la norma por cuanto (empleamos textualmente las razones de la inconstitucionalidad de las viviendas vinculadas) *“la excepcionalidad de la situación regulada desde la perspectiva medioambiental que es la propia de la norma básica, en relación con la imposibilidad de permitir desarrollos urbanos en suelo rústico”*. Y, sin embargo, en un giro argumental difícilmente explicable, concluye justamente en lo contrario. Los argumentos: (i) que las edificaciones aisladas no inducen a la formación de nuevos asentamientos, (ii) que tampoco impiden el normal desarrollo de otros usos ordinarios en suelo rústico y que además (iii) tendrían que cumplir los criterios fijados reglamentariamente. La comparación de los argumentos utilizados para declarar la inconstitucionalidad del precepto anterior con los que se utilizan para justificar la constitucionalidad de este no resiste el más ligero juicio

³⁵ Es que resulta tan esclarecedor, tan contundente el argumento allí empleado que difícilmente puede ignorarse cuando se lee la causa de inconstitucionalidad que ahora se espeta contra el inciso debatido del art. 22: *“También, en este sentido, se invoca por los recurrentes un eventual abuso de la norma por parte de las administraciones competentes en la materia por cuanto, a su entender, permitiría autorizar de forma ilimitada o expansiva actuaciones de la más variada naturaleza en el suelo rústico. Estas apreciaciones han de quedar al margen del enjuiciamiento de este tribunal ya que, como en respuesta a una alegación similar señaló la STC 42/2018, de 26 de abril, Fj 5 b), citando la STC 238/2012, de 13 de diciembre, Fj 7, “la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de estas, pues aunque el Estado de Derecho tiende a la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, no hay ningún legislador, por sabio que sea, capaz de producir leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso” (STC 58/1982, de 27 de julio, Fj 2, en el mismo sentido SSTC 132/1989, de 18 de julio, Fj 14; 204/1994, de 11 de julio, Fj 6; 235/2000, de 5 de octubre, Fj 5, y 134/2006, de 27 de abril, Fj 4)”*.

crítico. No se entiende cómo una vivienda unifamiliar aislada cumple con esos tres requisitos ambientales y las viviendas vinculadas no: ni van a inducir a la formación de nuevos asentamientos, ni impiden el desarrollo de otros usos ordinarios en suelo rústico al margen de lo que pudieran hacerlo las instalaciones a las que sirven ni, en fin, se tienen por qué apartar de los criterios reglamentariamente fijados.

Más insólita resulta aún la comparación si analizamos las dos explicaciones que de forma añadida se ensamblan al final de este Fundamento Jurídico a las arriba referidas:

- Según la sentencia, al régimen autorizatorio de las viviendas aisladas y no vinculadas se le añade un nuevo criterio de control que las hace merecedoras de ese juicio favorable de constitucionalidad: *“A lo que se añade la regulación de las normas de aplicación directa del art. 6.2 LISTA, en punto a los requisitos que ha de cumplir toda construcción o edificación, en especial la exigencia de que “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” [letra b)]”*. De nuevo, los conceptos jurídicos indeterminados a escena, en este caso “adecuación y proporcionalidad”. Los mismos que arriba no valían por insuficientes para garantizar la correcta aplicación de la norma conforme a cánones constitucionales, ahora operan como cláusula de cierre para su juicio favorable. Y no se explica con un mínimo de razonamiento por qué razón se invierten los papeles, pues precisamente por ser normas de aplicación directa (esas del 6.2 LISTA), son directamente aplicables. Ninguna razón se nos alcanza para capar el halo protector de esa norma a las viviendas vinculadas a las explotaciones donde se ubiquen equipamientos, usos industriales, terciarios o turísticos. ¿O es que, por ejemplo, una instalación donde se traten residuos nucleares que haya necesariamente de instalarse en el medio rural no puede contar entre sus instalaciones con una casa donde ubicar al vigilante y, por contra, esa vivienda sí es autorizable si se propone como la casa del guarda de una explotación ganadera?

- El segundo argumento añadido ... no es un argumento: son muchas las normas urbanísticas autonómicas (se dice) que ya regulan el uso extraordinario de vivienda familiar aislada y no vinculada en el suelo rústico o no urbanizable, con mayores o menores controles, rigor o exigencias profilácticas del entorno rural al ya teníamos claro que el uso vivienda no le era refractario. Ahí están el art. 211 de la ley urbanística valenciana; el art. 34.2 en Aragón; el art. 54.1.2 f) del texto de Castilla-La Mancha; el art. 52 en La Rioja; el art. 124 en el Principado de Asturias; el art. 116 del texto foral en Navarra; el art. 50.2 d) de la Ley de Cantabria; el art. 67.4 e) en Extremadura; y, sin ánimo de exhaustividad³⁶, el art. 25 de la Ley 6/1997, de 8 de

³⁶ Por ejemplo, la regulación legal madrileña 5/2012, de 20 de diciembre, de viviendas rurales sostenibles, a la que dedica un interesante artículo FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón, “En busca de una

julio, del suelo rústico de las Illes Balears. Y por esa razón, nada jurídica, por cierto, el texto da por superado el filtro de su constitucionalidad. A juicio del TC, esa es una causa más por la que avalar el texto, pues son muchas las regulaciones autonómicas que acogen ese uso extraordinario “*sin que haya[n] sido controvertida[s] por los motivos que ahora alegan los diputados recurrentes*”. No se entiende que la falta de impugnación previa de artículos de contenido similar en otras normas autonómicas sea un canon de constitucionalidad. Una norma será o no constitucional por razones intrínsecas, pero no porque otras normas de derecho comparado de contenido equiparable no hubieran sido recurridas nunca antes. Ese no puede ser un título o motivo de constitucionalidad de una Ley.

En definitiva, y estando en esencia de acuerdo con la constitucionalidad del 22.2, segundo apartado, de la LISTA lo que no entendemos, ni compartimos en absoluto, es el enjuiciamiento constitucional que se hace del inciso “*Asimismo, vinculadas a estas actuaciones, podrán autorizarse conjuntamente edificaciones destinadas a uso residencial, debiendo garantizarse la proporcionalidad y vinculación entre ambas*” del art.22.2 LISTA”. Porque por las mismas razones que abonan la constitucionalidad de la opción de política urbanística de permitir las construcciones de viviendas aisladas no vinculadas, también se podría afirmar la constitucionalidad de las vinculadas a otros usos extraordinarios. Y, al contrario, si de lo que se trata es de negársela a las viviendas aisladas, su autorización podría facilitar la aparición de núcleos de población incontestados, impedir el desarrollo de otros usos ordinarios y, aunque se impongan reglamentariamente requisitos de control, pueden no ser suficientes por la indebida aplicación que de ellos se haga por las autoridades competentes. En los mismos términos empleados por el TC en contra de las viviendas vinculadas, la situación regulada desde la perspectiva medioambiental que es la propia de la norma básica (art 13 TRLS’15) en esta propuesta legal “*no se salva[ría] con la regulación reglamentaria que pretende desarrollar esta previsión*” precisamente por el mal uso que pueda darse de los conceptos jurídicos indeterminados impuestos en la Ley (vinculación y proporcionalidad). Las explicaciones que se ofrecen, a mi juicio, para discernir son insuficientes y confusas.

5. Las afectaciones a la autonomía local por actuaciones de competencia autonómica (arts. 50 y 53 LISTA)

Se impugnan igualmente dos artículos de la Ley que hacen referencia al modo en que opera de manera superpuesta la competencia autonómica en el planeamiento urbanístico y en la ordenación territorial, de manera que pudiera comportar una incidencia negativa y limitadora de las atribuciones locales en el ámbito del planeamiento. Hablamos de los artículos 50 y 53 de la LISTA, referidos a las actuaciones

política territorial inteligente y conciliadora. A propósito de la Ley madrileña 5/2012, de 20 de diciembre, de viviendas rurales sostenibles”, Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación (2013) 28, págs. 121-13

de interés autonómico y a la suspensión cautelar del planeamiento municipal cuando los órganos autonómicos adviertan que pudieran incidir en materias reservadas a su competencia. Las vemos por separado.

A.- La impugnación del artículo 50 de la LISTA, relativo a las declaraciones de interés autonómico.

Como ocurriera con la impugnación del artículo 21 de la LISTA que arriba hemos comentado, en este caso el Tribunal Constitucional encuentra un precedente en el que apoyar la fundamentación jurídica para a su través justificar la desestimación del motivo. El artículo 50 que aquí se estudia aborda las denominadas actuaciones supramunicipales de interés autonómico³⁷. El recurso formulado fundamenta, de nuevo, la impugnación en la supuesta vulneración de la autonomía local (arts. 137 y 140 CE) a causa de la inconcreción con que, a su juicio, se articulan los proyectos y actuaciones que pueden ser declarados de interés autonómico y que se priorizan frente al planeamiento municipal. Y para ello equiparan la regulación del artículo 50 con la que se contenía en la Ley 4/2017, de 13 de julio, del suelo y de los espacios naturales protegidos de Canarias. Sostienen que se trata de un caso similar al de la ya citada STC 86/2019 dictada en relación con los proyectos de interés insular o autonómico y los equiparan a la regulación del artículo 50 que ahora analizamos, pues se entiende que el resultado de la impugnación debe ser el mismo. En cualquier caso, es muy abundante la producción jurisprudencial tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional acerca de la operatividad de estos proyectos y su conjugación con el problema de la autonomía local, conforme han detallado de forma muy pormenorizada Vera Jurado y Rando Burgos³⁸.

La decisión del Tribunal Constitucional es contraria a la idea que sostiene el recurso formulado, pues entiende que en modo alguno se altera el juego competencial entre comunidad autónoma y municipio. Como señala la sentencia, la impugnación se limita a lo que se considera una indeterminada enumeración de los supuestos en los que es posible tal declaración y los efectos que la misma produce sobre el planeamiento municipal. El manejo de los conceptos jurídicos indeterminados (otra vez, a

³⁷ Como las denominan VERA JURADO, Diego y RANDO BURGOS, Esther, “Con la denominación de Actuaciones de Interés Autonómico se hace referencia a aquellas iniciativas, obras o proyectos que tienen un impacto económico, social, ambiental o logístico que supera el estricto ámbito de un municipio para incidir en otro superior -de carácter territorial- que corresponde normalmente al ámbito competencial de las comunidades autónomas”. En “La ordenación territorial”, 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)”, editorial Civitas Thomson Reuters, Pamplona 2022, página 145. Para continuar advirtiendo (pág. 154) con que “No nos cabe duda que las DIA se han configurado con un amplio potencial de intervención, diseñado como un verdadero “verso suelto” dentro del sistema de ordenación territorial y urbanística de las comunidades autónomas. Y es justamente esta alta capacidad de intervención, así como la incertidumbre que genera su posible control y límites, lo que la convierten en una figura controvertida y sometida, en muchos casos, a un juicio negativo”.

³⁸ VERA JURADO, Diego y RANDO BURGOS, Esther, op. cit. págs. 155 a 161.

vueltas con los conceptos jurídicos indeterminados³⁹⁾ que se ofrecen en el artículo 50 no deja lugar a la indefinición, que es justamente lo que denunciaban los recurrentes. A diferencia de lo que ocurría en la normativa canaria que resultó declarada inconstitucional por la STC 86/2019 (sólo en el inciso “*con independencia de su clasificación y calificación urbanística*” del artículo 123.4 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del suelo y de los espacios naturales protegidos de Canarias), en la normativa andaluza no se ofrece esa indefinición por no aparecer ninguna referencia a esta fórmula abierta o indeterminada (allí se empleaba la expresión “*de naturaleza análoga*” que se evita en la LISTA) con la que los proyectos de interés insular o autonómico podrían provocar la transformación física del suelo con independencia de las previsiones urbanísticas del municipio en cuyo territorio se pretendían asentar⁴⁰⁾.

La explicación que ofrece en este punto el Tribunal se sustenta en la misma previsión que la LISTA hace desde su artículo 2.1 en relación con el alcance de la competencia autonómica en materia de ordenación del territorio, comprensiva de “*la ordenación, ejecución y disciplina sobre aquellas actuaciones, usos y asentamientos existentes o futuros cuya incidencia **trascienda del ámbito municipal** por su objeto, magnitud, impacto regional o subregional o por su carácter estructurante y vertebrador del territorio*”, así como a actividades de intervención singular de carácter público y que aparece en numerosos preceptos de la LISTA. Y se cierra el círculo argumental en este extremo con la constatación de que en ningún caso estos proyectos supralocales auspiciados por la competencia autonómica se hagan al margen del planeamiento municipal. La Ley asegura la participación de los municipios en las diferentes fases de la declaración de interés autonómico, sobre todo cuando la opción impone una alteración de las determinaciones del planeamiento municipal y suponga en realidad su innovación, en cuyo caso “*se aportará la documentación necesaria para justificar su viabilidad urbanística*”; además, entiende el Tribunal que no existe invasión de competencia municipal desde el momento en que la declaración exigirá de audiencia a los municipios afectados y requerirá los informes o pronunciamientos municipales preceptivos; incluso en algunos supuestos (art. 50.4 LISTA), los proyectos de interés autonómico justificarán sus

³⁹⁾ Tal vez ese sea el punto más débil de la regulación de este tipo de actuaciones urbanísticas, como acertadamente señalan VERA JURADO y RANDO BURGOS (op. cit. pág. 155) “...*Y aunque hay que partir de la idea de que en la mayoría de los casos se realiza una actuación plenamente legal cuando se declara un proyecto de interés autonómico, es necesario saber: ¿cómo se controlan los elementos reglados indispensables, como la motivación, la necesidad, la proporcionalidad o la adecuación del procedimiento utilizado?; ¿dónde están sus límites? o ¿cómo se controla el interés supramunicipal real? En esta línea de planteamiento, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han tenido que abordar en repetidas ocasiones el funcionamiento de esta figura*”.

⁴⁰⁾ Lo que dice exactamente la sentencia que analizamos es que “*la definición de los proyectos y actuaciones que pueden ser declarados de interés autonómico en la Ley ahora impugnada no adolece del grado de imprecisión apreciado en la referida STC 86/2019, en tanto que no incluye cláusulas de ampliación de los supuestos legalmente previstos y se concreta suficientemente en las letras a), b) y c) del apartado 1 del art. 50 LISTA*”.

previsiones en el sentido de adaptar a sus determinaciones el planeamiento urbanístico municipal⁴¹.

B.- La suspensión cautelar de las modificaciones de los instrumentos de ordenación urbanística que tengan incidencia o interés supralocal del art. 53.

Se insiste en el recurso en que estas determinaciones que permiten la suspensión cautelar de las modificaciones de los instrumentos de ordenación urbanística que tengan incidencia o interés supralocal vulneran la autonomía local constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE). A juicio de los recurrentes esta invasión en el diseño urbano justifica la impugnación, al no dejar constancia del “carácter excepcional” de esta facultad de suspensión y de los criterios de motivación, prudencia y oportunidad que, a su juicio, serían necesarios para su ejercicio.

Este reproche es rechazado por el Tribunal Constitucional por razones similares a las empleadas para enjuiciar el art. 50. Entiende que la medida está perfectamente controlada en los mismos términos empleados por la redacción del artículo, con tres elementos añadidos: (i) las restricciones formales a que se encuentra sometido (previa audiencia del municipio o municipios afectados y adopción por acuerdo motivado del Consejo de Gobierno); (ii) su provisionalidad marcada por su vigencia temporal (plazo máximo de dos años); y (iii) su limitado contenido, en tanto el acuerdo del Consejo de Gobierno deberá especificar expresamente los contenidos del instrumento de ordenación urbanística afectados por la suspensión (art. 53.1 y 2 LISTA).

6. Normas relativas al restablecimiento de la legalidad territorial y urbanística (arts. 151.1 y 153.2 f)

El recurso planteado se contrae en este extremo a verificar la constitucionalidad de los preceptos incluidos en la normativa andaluza que permiten las medidas de gracia que, por aplicación de los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica (en concreto, la prescripción de acciones), *indultarían* a aquellas situaciones fácticas creadas de espaldas a la legalidad en determinadas circunstancias y con ciertos requisitos técnicos o temporales. Y es que, de una parte, el artículo 151.1 permite aplicar el principio de proporcionalidad con carácter excepcional a los supuestos en los que quepa la legalización, imponiendo dos condiciones: la primera, que esos elementos de disconformidad resulten no sustanciales con la ordenación aplicable, además de que

⁴¹ Aunque es cierto, como nos advierten VERA JURADO y RANDO BURGOS, op. cit., pág. 145, estas figuras no han estado nunca exentas de problemas competenciales por el ataque que puedan suponer a la autonomía local: “*A partir esta inicial descripción, es fácil de imaginar los problemas que genera la regulación y ejecución de este tipo de actuaciones, siendo especialmente patente el problema que se plantea en relación con los límites competenciales entre municipios y comunidades autónomas. Y aunque ello realmente no constituye ninguna novedad especial, ya que gran parte de la regulación de la ordenación del territorio y el urbanismo —también del medio ambiente— transcurre alrededor de un permanente conflicto, las actuaciones de interés autonómico aportan cierta intensidad al debate*”.

las medidas necesarias para la adecuación de la realidad a la ordenación territorial y urbanística resulten imposibles o sean de muy difícil ejecución. Y la segunda, se establece la prescripción de acciones para la restitución de la legalidad urbanística infringida por el paso de seis años desde la comisión de la acción infractora, incluyendo en los supuestos de hecho aquellos en los que la construcción se hallare dentro del suelo no urbanizable de especial protección⁴². La única salvedad a esa particular medida de gracia es que se trate de parcelaciones urbanísticas en suelo rústico. Pero esa es una salvedad relativa por cuanto que, a su vez, se excepcionan las actividades irregulares que afecten a parcelas sobre las que existan edificaciones para las que haya transcurrido aquella limitación temporal de los seis años.

Y así es, por cuanto se comprueba de la lectura de la sentencia que los argumentos de la impugnación se sostienen en que los dos preceptos impugnados vulneran los principios de legalidad, igualdad y no discriminación y de no regresión ambiental (arts. 9.3, 14 y 45 CE), en tanto permiten legalizar una obra o actuación ilegal sin restablecimiento del orden jurídico perturbado, fomentando la consolidación de obras ilegales incluso en suelos de especial protección y en detrimento de los propietarios de edificaciones que hubieran cumplido con sus obligaciones urbanísticas, al dispensar a los eventuales infractores un trato más ventajoso. Eso es, desde luego, un argumento difícilmente refutable, pero la decisión del Alto Tribunal se muestra a la postre y en este punto, como ya lo hiciera la LISTA, más operativa que puramente legalista. Se trata de ofrecer soluciones a problemas generados que no encuentran otra salida que la normalización *ex post facto*. De eso creo que se trata, en definitiva, para lo que la sentencia busca el ropaje adecuado.

El reproche de constitucionalidad es rechazado por el TC, y se justifica, además de por la imputación del defecto de insuficiencia de esfuerzo argumental suficiente para aportar un término de comparación válido para poner en tela de juicio el principio de igualdad, porque su supuesta vulneración (artículos 9.3 y 14 de la Constitución) no se advierte desde el punto y hora en que la normativa impugnada distingue dos supuestos ante actuaciones carentes de título habilitante o que contravengan los términos de aquel. Por tanto, en contra de lo manifestado en el recurso, no existe el tratamiento unívoco en el que se ha fundado la queja. La norma impugnada intenta legalizar la actuación, en caso de que sea conforme con la ordenación territorial y urbanística, y en caso contrario, se propone imponer las medidas necesarias para adecuar la realidad a la ordenación territorial y urbanística.

⁴² Sobre el problema interpretativo derivado del plazo para tomar las medidas de restitución de la realidad y plazo para iniciar el procedimiento, REBOLLO PUIG, Manuel, en “*Disciplina urbanística: restablecimiento de la legalidad e inspección*”, en obra colectiva “*Un nuevo paradigma en el urbanismo andaluz...*”, op. cit., páginas 456 a 459.

La vulneración del principio de no regresión ambiental a que se hace referencia en el recurso tampoco se aprecia en la sentencia que nos ocupa. Las razones son diversas. En primer lugar, porque no es verdad que se habilite una suerte de amnistía total para los supuestos de la ilegalidad. Antes, al contrario, lo primero que se diferencia es el régimen jurídico de las actuaciones susceptibles de legalización, en cuyo caso lo que se propone es precisamente exigir al infractor la legalización de lo construido. Pero es que, además, en cuanto a la situación en la que quedan las edificaciones ilegales respecto de las que haya pasado el plazo de seis años previstos para la prescripción de la acción de restitución, lo que propone el legislador es aplicarla en los supuestos en los que ese factor ambiental no quede especialmente afectado, excepcionando de ese régimen jurídico aquellos supuestos en los que los actos hayan sido realizados en suelo rústico de especial protección. En ese supuesto en el que concurra legislación sectorial, el plazo para restituir la realidad física alterada ha de ser superior si así lo establece la legislación aplicable. Pero hay otras excepciones contempladas por el art. 153.2 respecto de las que el legislador andaluz determina la imprescriptibilidad de la acción para el restablecimiento de la legalidad y que son perfectamente descritas en la sentencia que estudiamos: “(i) las actuaciones realizadas sobre dominio público y servidumbres de protección; (ii) las realizadas en suelo rústico preservado con riesgos ciertos de desprendimientos, corrimientos, inundaciones o similares o que los generen o incrementen, mientras subsistan dichos riesgos conforme al artículo 14.1 b); (iii) las realizadas en suelo rústico en zona de influencia del litoral; (iv) las que afecten a bienes inmuebles inscritos individualmente en el catálogo general del patrimonio histórico de Andalucía; (v) las que afecten a zonas verdes y espacios libres; y (vi) las parcelaciones urbanísticas en suelo rústico, salvo las que afecten a parcelas sobre las que existan edificaciones para las que haya transcurrido la limitación temporal del apartado 1 de este artículo (no comprendiendo al resto de la parcela o parcelas objeto de la parcelación y salvo que se encuentre en alguno de los supuestos anteriores para los que no existe plazo)”. Son tantas las excepciones y modulaciones a la pretextada permisividad del legislador en la materia, que se termina concluyendo en que el principio de no regresión ambiental no queda mediatizado hasta el punto de que sea susceptible de provocar la inconstitucionalidad de la norma.

7. El problema de la desafectación de vías pecuarias afectadas por el planeamiento (Disposición adicional cuarta LISTA)

En los procedimientos de nueva urbanización no son pocos los problemas derivados de la gestión de los bienes demaniales. Cuando el hallazgo es de una vía pública de tránsito, el primero de ellos pasa por determinar qué tipo de vía es la que queda afectada por el proceso de reurbanización. No es lo mismo un camino vecinal que una vía pecuaria. El ordenamiento español clasifica y jerarquiza los caminos y vías según la siguiente lista:

- Una red primaria integrada por las vías de dominio público de titularidad municipal de acceso a los núcleos de población (red vecinal).
- Una red secundaria de caminos rurales integrada por las vías de dominio público de titularidad municipal (red rural).
- Una red terciaria formada por caminos forestales, públicos o privados (dentro de la cual podríamos incluir también los caminos de uso agrícola) (red agroforestal).
- Las vías privadas (incluidos los caminos patrimoniales de las administraciones públicas).
- Los caminos no aptos para la circulación rodada (básicamente caminos de herradura y senderos) (red histórica o rural tradicional).
- Las vías pecuarias que define y regula la Ley 3/1995, de vías pecuarias (red de vías pecuarias).

Los caminos públicos municipales y vecinales dependen de los Ayuntamientos, que tienen potestad en el ejercicio de sus competencias para intervenir, garantizando su integridad y mantenimiento, como parte de los bienes de dominio público de su término municipal, y en este sentido apuntan al Inventario de Caminos Públicos municipales y vecinales para activar los procedimientos administrativos de recuperación. Los caminos son definidos y considerados como bienes de dominio y uso público de titularidad municipal con los efectos a ello inherentes (artículos 3.1 y 70 a 72 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986; y 82 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local). No es hoy posible negar la titularidad y competencia municipal en la defensa de los caminos y su conservación. Según se recoge en el artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local indica literalmente lo siguiente:

“2. El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:

Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad.”

El artículo 344 del Código Civil ya establecía que los caminos provinciales y los vecinales son bienes de uso público, pero esta referencia remite a la legislación de caminos vecinales, concretamente al Real Decreto de caminos vecinales de 1848 que define los caminos vecinales de primer orden a partir de su funcionalidad social y económica: *«por conducir a un mercado, a una carretera nacional o provincial, a un canal, a la capital del distrito judicial o electoral, o por cualquier otra circunstancia, interesen a varios pueblos a un tiempo y sean de tránsito activo y frecuente.»* Ídem la Ley de caminos vecinales de 1904: *«Los que unan carreteras del estado o provinciales con estaciones de ferrocarriles... Los que unan cabezas de partidos judiciales o poblaciones en que haya mercados o fábricas importantes*

con estaciones de ferrocarriles... Los de interés común a dos o más ayuntamientos o que por alguna circunstancia especial afecten al tránsito general de una región importante» y la Ley de caminos vecinales de 1911: «Son caminos de servicio público a los efectos de la ley: los que enlacen un pueblo con otro, con una estación de ferrocarril, con un puerto, cala o embarcadero, con un mercado o establecimiento de servicio o utilidad pública o con una carretera construida o camino vecinal en buen estado de conservación por los cuales se pueda ir a cualquiera de esos puntos; los que enlacen dos de estos; los que dentro de un municipio enlacen la cabeza del mismo con los suburbios.»

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Málaga, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia 3013/2010 de 21 de Julio de 2010, Rec. 200/2002 (LA LEY 287155/2010) ya advertía en su fundamento jurídico sexto la necesidad de definir qué tipo de vía es para conocer qué tipo de protección exige y de quién depende⁴³.

La complicación se agudiza muy sustancialmente si ese trazado corresponde al de una vía pecuaria. Su aparición en el ámbito de una actuación urbanística siempre ha supuesto un obstáculo para los redactores de los instrumentos de planeamiento y gestión, pues la sola advertencia de su existencia ya generaba un inconveniente de indefinición tanto de los trazados alternativos que debieran respetarse en la fase de planeamiento como, sobre todo, el tratamiento jurídico que hubiera de ofrecerse al asunto de la demanialidad del suelo y/o patrimonialización de los aprovechamientos resultantes de su necesaria desafectación. El artículo 112 de la LOUA ya trataba este asunto exigiendo que desde el mismo momento en que se advirtiera la existencia de un bien de dominio público en el ámbito de la actuación, la administración actuante debía requerir a la administración titular del bien para que procediera a la mutación o, en su caso, a la desafectación y deslinde del bien, de tal manera que cuando se hubieran de ejecutar los trabajos de gestión urbanística, los aprovechamientos que resultaran en favor de la administración titular pudieran verse reflejados en los proyectos de reparcelación oportunos, salvo que naturalmente como hemos referido lo que procediese fuera la mutación demanial.

Esa era la propuesta legal de la LOUA. Otra cosa distinta es el tratamiento que efectivamente se ha dispensado en estos últimos 20 años a los suelos en proceso de urbanización y que se vieran afectados por la existencia de una vía pecuaria previamente clasificada. Los actos de clasificación de vías pecuarias estaban datados normalmente en las décadas de 1950-1960, con la indeterminación técnica que les era

⁴³ Esto refería la sentencia mencionada: “Por tanto, es evidente la pretensión de la Administración demandada, ante la ausencia de antecedentes que sobre las presuntas vías pecuarias de Alcaucín Clasificadas, y en concreto de la Vía Pecuaria número 3, “Vereda del Camino Viejo de Granada”, y variación del trazado de la VP núm. 1 “Cañada Real de Málaga a Granada”, lo que se ha pretendido es confundir caminos públicos o vecinales con presuntas vías pecuarias, intentando aunar esfuerzos para dotarlas de una pretendida continuidad sin que conste su existencia debidamente contrastada documental e históricamente”.

intrínseca. Los actos de clasificación reflejan datos físicos, geográficos y geodésicos de una indefinición abrumadora. Resultaban lo suficientemente ambiguos e imprecisos como para, una vez iniciado un procedimiento urbanizador, requerir de forma ineluctable un acto posterior de desafectación y deslinde que fijara condiciones físicas y jurídicas del bien afectado, atendiendo a aquella clasificación. En la mayor parte de las ocasiones, ese proceso acarreaba un retraso tan importante en la gestión de esa nueva urbanización que provocaba situaciones que aseguraban el conflicto jurisdiccional (en lo administrativo muy probablemente, pero en lo civil, con toda seguridad). En no pocas ocasiones, las propuestas de deslinde resultaban claramente abusivas por la situación de fuerza en la que se posicionaba la administración titular de la vía pecuaria en el proceso de transformación urbanística. La regla común que regía la actuación de la administración titular era la de establecer formal y definitivamente la anchura real de la vía pecuaria en atención a los metros de anchura legal que correspondía a las deslindadas: 20 metros las veredas, 37.50 los cordeles y 75 las cañadas reales. Se han venido aprobando los deslindes como si el ganado desde hace más de cinco siglos hubiera discurrido por ellas como se desplaza por una vía de tránsito aquilatada con escuadra y cartabón, con medidas exactas a lo largo de todo su trazado. Por no hablar de los dislates con los que se ha tenido que lidiar en la delimitación predial de descansaderos y abrevaderos, donde la indefinición era despotica. Y si no se estaba de acuerdo, se ofrecían a los afectados las vías contenciosa y civil para litigar por los derechos procesales y civiles. Ni las inscripciones registrales centenarias, ni las realidades físicas que aparecían perfectamente definidas en los actos de clasificación (y se ignoraban supinamente en los actos de deslinde), ni los títulos, ni la posesión adquisitiva ganada con fundamento legal⁴⁴ servían para moldear esa anchura legal tozudamente establecida en el deslinde aprobado por la Agencia de Medio Ambiente. El recurso contencioso quedaba siempre abierto, pero el pleito civil en ejercicio de las acciones reivindicatoria o de dominio era seguro. La terquedad en las posiciones de la administración ambiental así lo imponía.

Los problemas de coordinación entre ambas normativas (la urbanística y la de protección demanial de estas vías) es tan evidente que incluso, como nos recuerda la sentencia que ahora analizamos, ha sido reconocida como causa justificativa de la nueva ordenación por el letrado del Parlamento Andaluz⁴⁵. La obligatoriedad de tra-

⁴⁴ No olvidemos que hasta la regulación del Decreto de Vías Pecuarias de 5 de junio de 1924 (Gaceta de Madrid nº 158, de 6 de junio 1924), la posesión pacífica por 30 años determinaba la adquisición de la propiedad por el poseedor conforme a las normas civiles, como se establecía con claridad en sus artículos 1º y 9º. No fue hasta el Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprobaba el Reglamento de Vías Pecuarias (publicado en el BOE DE 11 de enero de 1945) cuando se establece normativamente por vez primera la absoluta imprescriptibilidad de estas vías tal y conforme hoy la conocemos en las normas contemporáneas.

⁴⁵ Esto es lo que se recoge en el FºJº 11 de nuestra sentencia: “*El letrado del Parlamento andaluz subraya, por su parte, que el procedimiento especial de desafectación tiene como finalidad resolver un conflicto ocasionado por la falta*

mitar un procedimiento de desafectación y deslinde era una pesada carga de urbanización difícilmente solucionable. Y así venía siendo al menos desde la publicación de la Orden Ministerial de 4 de marzo de 1968, que ya preveía este problema en su apartado tercero:

“Tercero. - El recorrido, dirección y demás características de las expresadas vías pecuarias figura en los respectivos proyectos de Clasificación, cuyo contenido se tendrá presente en todo cuanto las afecta. En aquellos tramos de vías afectadas por situaciones topográficas, alteraciones por el transcurso del tiempo en cauces fluviales o marítimos, paso por zonas urbanas o situaciones de derecho previstas en el artículo segundo, del Reglamento de vías Pecuarias, la anchura de tales tramos será definitivamente fijada al practicarse su deslinde.”

El reconocimiento de esta conflictiva situación ya se trasladó a la redacción del Reglamento de Vías Pecuarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de 21 de julio de 1998 y, como arriba hemos expuesto, tuvo su reflejo en el artículo 112 de la LOUA. Y para paliar los evidentes problemas y flagrantes irregularidades que se habían venido padeciendo con motivo de la aparición de estas vías pecuarias en suelos en proceso de nueva urbanización, el legislador de 2021 intentó dar una solución bastante más pragmática y resuelta que la que se proponía en la anterior legislación. A tal efecto formula una suerte de desafectación implícita de los tramos de vías pecuarias que hubieran adquirido las características del suelo urbano definidas en la LOUA a la fecha de su entrada en vigor y que hubieran sido clasificados como urbanos por el planeamiento general vigente. Con la prevención añadida de que esa previa clasificación de la vía no impidiera la desafectación implícita, lo que conllevará la desclasificación automática de los tramos afectados. Esa era la audaz propuesta de la LISTA en su DA Cuarta. Y algo parecido ocurría con los tramos de vía pecuaria que afectarán a zonas delimitadas como hábitat rural diseminado, en los que se propone la desafectación, una vez aprobada su ordenación mediante el plan especial previsto en el planeamiento general, atribuyendo a dicho instrumento la posibilidad de delimitar definitivamente el ámbito a ordenar, excluyendo del mismo los terrenos pertenecientes a las vías pecuarias que sigan manteniendo el carácter pecuario de las mismas.

Las razones de su impugnación la fundamentan los diputados recurrentes en la infracción de los arts. 10 a 12 de la Ley estatal de vías pecuarias. Tanto en lo que se refiere a la desafectación automática de los tramos de vías pecuarias que, cumpliendo ciertos requisitos, hubieran adquirido las características de suelo urbano, como a los que transcurran por ámbitos identificados por el instrumento de ordenación urba-

de coordinación entre la legislación andaluza preexistente en materia urbanística y la sectorial aplicable a las vías pecuarias, pretendiendo solucionar una situación de hecho que comprende una pluralidad de vías pecuarias, sin que la solución adoptada pueda tildarse de contraria a la normativa básica”

nística general como hábitat rural diseminado, se entienden que vulneran el art. 132 CE al sancionar la pérdida de su consideración como dominio público por ocupación ilegal. Imputan, por último, a la desafectación implícita o tácita efectuada sin previo deslinde, la infracción de los principios constitucionales de igualdad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (arts. 14 y 9.3 CE).

A tal respecto, la sentencia viene a glosar todos los preceptos que dentro de la normativa sobre vías pecuarias las protegen como parte imprescindible de la conservación del demanio público ambiental que les atribuyen las características propias del dominio público (son inalienables, imprescriptibles e inembargables, como no puede ser de otro modo) aun cuando termina por reconocer algo que subyace en la normativa analizada y que es una realidad (fundamento jurídico 12): *“Aunque la Ley de vías pecuarias se orienta principalmente a la conservación y defensa de las vías pecuarias, otorga a las comunidades autónomas, en virtud de su art. 5 e), la decisión sobre su posible desafectación, admitiendo, en el art. 10, la de los terrenos de vías pecuarias que no sean adecuados para el tránsito del ganado ni susceptibles de los usos compatibles y complementarios a que se refiere el título II de la Ley”*. Resulta patente que esos tramos de vías pecuarias afectados por un proceso de urbanización dejan de ser adecuados para el tránsito de ganado (tal vez ya hubieran dejado de serlo hace muchísimos años), al margen de otras consideraciones mucho más generales en virtud de las cuales podríamos concluir en la práctica desaparición de ese uso en la inmensa mayoría de las vías pecuarias hoy clasificadas como tales, por las nuevas exigencias sanitarias que hoy comporta el tránsito de ganado y que hacen de estas vías terrenos absolutamente inservibles para los fines para los que se crearon. Se trataba, pues, de buscar acomodo para los nuevos usos de estos bienes, que no pueden ser otros que los urbanísticos. Y a ello se dispuso la LISTA.

Sucede no obstante que los arts. 10 a 12 Ley de Vías Pecuarias son formalmente básicos de conformidad con la disposición final primera de la Ley, por cuanto fijan una norma mínima de protección ambiental, además de establecer condiciones básicas para el ejercicio de potestades públicas en relación con el patrimonio demanial de las vías pecuarias. Y como quiera que, a juicio del TC, estos preceptos encuentran amparo en el art. 149.1.23 CE, todas las reglas de protección del demanio autonómico integrado por este tipo de vías han de ser comunes a todo el territorio nacional, según se ha considerado.

Y esa es la razón por la que la sentencia que ahora se analiza entiende que en la figura de la desafectación tácita que queda implícita en el acto de clasificación urbanística al que alude el precepto se está incurriendo en una vulneración constitucional de las normas de carácter estatal sobre vías pecuarias. Se reconoce sin duda alguna que es a las comunidades autónomas a quien corresponde la facultad de desafectar del dominio público aquellos terrenos de vías pecuarias que ya no considera adecua-

dos para el tránsito de ganado, pero esa facultad no puede ejercerse al margen de las condiciones que respecto de estos bienes atribuye el legislador estatal, que a juicio del Tribunal se incumplen cuando se prescinde de toda formalidad procedimental, entre ellas, las relativas a la clasificación y el deslinde previstos en los arts. 7 y 8 LVP. Son esos preceptos que también han de ser considerados básicos en cuanto encaminados a la protección y definición de este tipo de bienes de dominio público. Conforme al art. 10 LVP, en ningún caso se hace innecesario el deslinde por acto expreso, *“pues la alteración de la demanialidad del suelo por el que transcurre una vía pecuaria está sujeta a la tramitación del procedimiento legalmente establecido, sin que pueda pretenderse que por la concurrencia de una situación fáctica el legislador andaluz pueda disponer esa desafectación tácita o implícita”*. Los dos primeros apartados de la DA 4ª son por ello declarados inconstitucionales.

No es ese el problema que acaece en la desafectación de tramos de vía pecuaria que se encuentren dentro de los ámbitos delimitados como hábitat rural diseminado. En este segundo supuesto, a juicio del TC, no se vulnera el art. 10 LVP, pues este precepto permite la desafectación autonómica de *«los terrenos de vías pecuarias que no sean adecuados para el tránsito del ganado ni sean susceptibles de los usos compatibles y complementarios a que se refiere el título II de esta Ley»*, ni tampoco se infringe el art. 12 LVP, relativo a las modificaciones del trazado como consecuencia de una nueva ordenación territorial, en tanto que dicha exigencia de nuevo trazado no es general, sino que se refiere a los supuestos en los que *«en su caso, haya de realizarse»*. En este supuesto el Tribunal entiende que no hay vulneración del artículo 12 de las vías pecuarias en la medida en que la acreditación de innecesariedad de esos suelos para el tránsito de ganados permite, previa la desafectación del suelo, su distinta consideración. Parece, pues, que la clave de bóveda para entender o no sujeto al orden constitucional es la exigencia de los trámites procedimentales propios de un procedimiento de desafectación del suelo, que en ningún modo puede entenderse obtenido de manera tácita.

8. La derogación del POTA (norma 45.4 a, del Decreto 206/2006), vulneración del principio de no regresión ambiental

Se recurre, en fin, la derogación que la nueva norma ópera sobre los límites de crecimiento que el Decreto 206/2006, de 28 de noviembre, por el que se adapta el plan de ordenación del territorio de Andalucía (POTA) venía estableciendo con carácter general para todo planeamiento urbanístico andaluz. En concreto se recurre el artículo 45.4.a) del POTA, que ofrecía el siguiente contenido:

«Como norma y criterio general, serán criterios básicos para el análisis y evaluación de la incidencia y coherencia de los planes generales de ordenación urbanística con el modelo de ciudad establecido en este plan los siguientes:

a) La dimensión del crecimiento propuesto, en función de parámetros objetivos (demográfico, del parque de viviendas, de los usos productivos y de la ocupación de nuevos suelos por la urbanización), y su relación con la tendencia seguida para dichos parámetros en los últimos diez años, debiendo justificarse adecuadamente una alteración sustancial de los mismos. Con carácter general no se admitirán los crecimientos que supongan incrementos de suelo urbanizable superiores al 40 por 100 del suelo urbano existente ni los crecimientos que supongan incrementos de población superiores al 30 por 100 en ocho años. Los planes de ordenación del territorio de ámbito subregional determinarán criterios específicos para cada ámbito.»

Las tres razones para impugnar esta derogación eran:

a.- La modificación por el legislador de una norma de rango reglamentario supone una «anomalía desde el punto de vista jurídico» y «un uso torticero de la potestad legislativa, que incurre en arbitrariedad, proscrita por la Constitución Española (art. 9 CE)» en tanto blinda la reforma efectuada de un eventual recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

b.- Al ser el plan de ordenación del territorio de Andalucía un instrumento de planeamiento de los sometidos obligatoriamente a evaluación ambiental estratégica, la derogación impugnada debió sujetarse también a este procedimiento para no contravenir la legislación básica y las directivas comunitarias en la materia: y

c.- Al eliminar lo que consideran una regla general de sostenibilidad del crecimiento urbanístico, la disposición derogatoria sanciona, en el apartado impugnado, reducir el estándar y las garantías de protección del medio ambiental, infringiendo con ello el principio de no regresión ambiental.

Estima el Tribunal Constitucional al respecto que el régimen jurídico, finalidad, contenido y procedimiento de aprobación del POTA viene regulado en los artículos 39 y siguientes de la LISTA, correspondiendo al Consejo de Gobierno acordar su formulación, participando en su elaboración las administraciones y entidades públicas afectadas por razón de su competencia, debiendo remitirlo al Parlamento para su aprobación, de acuerdo con el artículo 106.11 E.A. Andalucía. Es una opción de política legislativa y, por ello, rechaza los tres fundamentos de impugnación. La respuesta del Tribunal no es especialmente clarificadora, justificándose en argumentos muy genéricos que confluyen en dos ideas: en primer lugar, porque, conforme se explica con un argumento lógico contundente, ha sido decisión del legislador andaluz hacer desaparecer la categoría de suelo urbanizable de la clasificación de suelo. Por tanto, no existiendo ya la posibilidad de medir los crecimientos urbanísticos tomando como término de comparación lo que ya es urbano consolidado en relación con el urbanizable, no tiene sentido mantener los límites impuestos por el POTA que se basan precisamente en parámetros comparativos de suelos urbanos consolidados y urbanizables. Y, en segundo término, tampoco puede prosperar la impugnación por cuanto la derogación

del POTA no es, en sí misma considerada, una modificación sustancial de un plan de ordenación que exija evaluación de impacto ambiental, pues, queda fuera del ámbito de aplicación de la evaluación ambiental estratégica, tal y como lo define el art. 6 LEA. La derogación que se impone en virtud de la LISTA no opera como una modificación de un plan adoptado o aprobado inicialmente por una administración pública, pues las disposiciones legales invocadas no reúnen ninguno de los requisitos que exige adicionalmente el apartado primero del art. 6.1 LEA. Por todo ello, y en relación con la alegada infracción del principio de no regresión del Derecho medioambiental, los recurrentes no han argumentado suficientemente, a juicio del TC, por qué la derogación de esta norma 45.4 a) del POTA, implica, en relación con la precedente, una regresión o rebaja en el estándar de protección constitucionalmente relevante.

IV. A MODO DE EPÍTOME: LA EXIGUA AFECTACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO URBANÍSTICO INSTAURADO POR LA LISTA CONFIRMA LA INMUTABILIDAD DE UN MODELO QUE SE PROYECTA CONSISTENTE

La publicación de la LISTA a final de 2021 supuso un cambio de orientación radical en la forma de entender el urbanismo y la ordenación del territorio en la comunidad autónoma andaluza. Se cambiaron estructuras, se renovaron procedimientos, instrumentos y herramientas, mudaron criterios ontológicos y jurídicos en la comprensión del urbanismo, con especial incidencia en el sistema de clasificación del suelo, que hicieron de muchas de sus propuestas soluciones especialmente atrevidas que rompían con el modelo tradicional que hasta ese momento se había implementado con sus lógicas adaptaciones durante más de medio siglo. Y pese a los esfuerzos del grupo parlamentario mayoritario de contar con el consenso de la totalidad de las fuerzas políticas representativas, finalmente se interpuso un recurso de inconstitucionalidad que, al margen de la impugnación global por razones puramente adjetivas, venía a incidir esencialmente en algunos de los preceptos que regulaban el uso del suelo rústico. El Tribunal Constitucional, en sentencia 25/2024, de 13 de febrero, ha puesto fin a la diatriba. Fueron muchas las expectativas creadas tras la aprobación de la Ley y la implementación de sus preceptos a través del Decreto 550/2022, que aprueba el Reglamento general de desarrollo de la LISTA. Y precisamente por ello, resultó también muy relevante el revuelo judicial y mediático surgido en torno a la interpretación del recurso de inconstitucionalidad, por las consecuencias que podrían arrastrarse de la eventual anulación de esa novedosa regulación del suelo rústico.

Finalmente, ni la enjundia del recurso formulado era tan mordaz como se publicó ni, consecuentemente, la resultancia del proceso de revisión constitucional ha resultado tan decisiva ni comprometida como se aventuraba para el legislador

andaluz. Antes al contrario, la práctica confirmación de la constitucionalidad de la mayoría de los preceptos impugnados concluye en la constatación de la fortaleza y vigencia de la norma. Dejando a salvo algunos preceptos relativos a la autorización de usos mineros, a la desafectación tácita de las vías pecuarias y la sorprendente declaración de inconstitucionalidad de las viviendas vinculadas a usos extraordinarios para equipamientos, usos industriales, terciarios o turísticos, la norma queda tal cual la propuso el Parlamento andaluz.

La solución finalmente ofrecida por el Tribunal Constitucional lleva aparejado un plus de seguridad jurídica para los operadores urbanísticos en Andalucía. El modelo de desarrollo territorial ha resultado confirmado casi en su plenitud, sólo resta que la maquinaria reglamentaria (planificadora) para el puntual desarrollo de las previsiones legislativas se ponga en marcha de manera eficaz. Pese a los plazos transitorios propuestos en la Ley para la incorporación de sus determinaciones al planeamiento urbanístico y territorial, las administraciones andaluzas se están mostrando un punto perezosas en la acometida efectiva de esas tareas. Mientras esa pátina de indolencia no quede diluida por la actividad administrativa, todas las propuestas legislativas quedan en cuarentena. Pero lo importante es, a los efectos que ahora nos interesan, conocer que las tareas de planeamiento, gestión y disciplina urbanística que a partir de ahora se han de desplegar cuentan con una sólida base legal.

Esopo nos anticipaba el desenlace. Afortunadamente, el mucho ruido mediático y jurídico que se generó alrededor de la impugnación constitucional de aquellos preceptos legales ha resultado quedar en un trivial *parto de los montes*.

Jaén, mayo de 2024.

BIBLIOGRAFÍA

BASSOLS COMA, M., “*Inconstitucionalidad final de la normativa sobre liberalización del suelo y reapertura del debate sobre la competencia del Estado en materia urbanística: a propósito del Voto particular a la STC 137/2011, de 14 de septiembre*”, Cuadernos de Derecho Local (QDL) ISSN: 1696-0955, núm. 30, octubre de 2012, p. 37-57 Fundación Democracia y Gobierno Local.

FERNANDEZ TORRES, J. R., “*En busca de una política territorial inteligente y conciliadora. A propósito de la Ley madrileña 5/2012, de 20 de diciembre, de viviendas rurales sostenibles*”, Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación (2013) nº 28.

JORDANO FRAGA, J., “*La reclasificación del suelo no urbanizable*”, monografía asociada a la Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación número 21, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2009.

LÓPEZ BENÍTEZ, M., en “*Las medidas de adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares*”. 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)*”, editorial Civitas Thomson Reuters, Pamplona 2022.

MARTIN VALDIVIA, S. M.; “*La Ley de Vivienda 12/2023, una visión desde el derecho público. «Nihil novum sub sole»*”, en Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación, Número 51, 2023.

REBOLLO PUIG, M., en “*Disciplina urbanística: restablecimiento de la legalidad e inspección*”, 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)*”, editorial Civitas Thomson Reuters, Pamplona 2022.

VERA JURADO, D. y RANDO BURGOS, E., “*La ordenación territorial*”, 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)*”, editorial Civitas Thomson Reuters, Pamplona 2022.

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

**Las competencias de las entidades locales para la
protección de los animales de compañía a la luz de la
nueva Ley de Derechos y el Bienestar de los animales:
especial referencia a Andalucía**

**Local authorities' powers on pet protection under the
new Animals Rights and Welfare Law: in particular, in
Andalucía**

María Luisa Roca Fernández-Castanys

Profesora Titular de Derecho Administrativo.

Universidad de Granada

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. UNA CUESTIÓN PRELIMINAR ¿SE APLICA LA NUEVA LEY A “TODOS LOS ANIMALES”? III. LA INTENSIFICACIÓN DEL ROL LOCAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA: 1. Protección de colonias felinas; 2. Elaboración de protocolos de protección civil para la protección de animales en situaciones de emergencia; 3. Recogida y custodia de animales extraviados, abandonados y en situación de desamparo: A) Precisiones sobre el concepto de animal “abandonado” y “extraviado”. La nueva categoría de animales “desamparados”. B) Obligaciones respecto de los animales abandonados, extraviados o desamparados. 4. Obligaciones de los propietarios en relación con los excrementos y orina depositados por sus animales en la vía pública. 5. Acceso de animales de compañía a establecimientos de hostelería y restauración; edificios y dependencias públicas o destinadas a la atención de personas sin hogar o en riesgo de exclusión social y otros espacios públicos: A). Acceso a establecimientos de hostelería y restauración. B). Acceso a edificios públicos o para la atención de personas vulnerables. C) Acceso a otros espacios públicos; 6. Acceso con animales de compañía a medios de transporte públicos y privados. 7. Atención y alojamiento; 8. Identificación y registro; IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL. V. BIBLIOGRAFÍA.

Recibido: 17-03-2024

Aceptado: 19-04-2024

RESUMEN: La entrada en vigor de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales plantea numerosas cuestiones. En las líneas que siguen se trata de hacer una primera aproximación a las principales novedades que la norma implica en el ámbito local. Para ello se parte de la identificación de sus competencias para proceder a continuación a la singularización de alguno de los aspectos más importantes que los entes locales deberán atender para dar debido cumplimiento a lo previsto en la nueva Ley.

ABSTRACT: The entry into force of the new so-called *Animal's Rights and Welfare Law*, arises many questions. This paper tries to make a first approach to some of those problems, focused, in particular, in those affecting to local authorities in the light of their competencies in this subject.

PALABRAS CLAVE: animales de compañía; protección animal; competencias de las entidades locales.

KEY WORDS: pets; animal protection; local authorities' competencies.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

No cabe duda del relevante papel que secularmente han jugado las entidades locales en la protección de los animales de compañía; así lo destaca la flamante –y cuestionada¹- Ley 7/2023, de 28 de marzo, de Protección de los derechos y el bienestar de los animales² (en adelante, *LDBA*) -cuya entrada en vigor se produjo el 29 de septiembre de 2023 (disp. final 9ª)- y en cuyo Preámbulo puede leerse que estas Administraciones, en el marco de lo previsto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en lo sucesivo, *LRBRL*)³ “constituyen un

¹ Se trata de una Ley que ha provocado una importante polémica, tanto porque su tramitación ha tenido lugar por el procedimiento de urgencia –prescindiendo de los dictámenes del Consejo de Estado y el Consejo General del Poder judicial y con omisión de la mayoría de las reivindicaciones de sectores clave (como los veterinarios)- como por la exclusión de su ámbito de aplicación de los animales utilizados en actividades específicas –y en particular, los perros de caza- exclusión aceptada por el PSOE en contra del criterio de Unidas Podemos, precursor de la Ley y, por entonces, miembro del Gobierno de coalición.

² Como quiera que la Constitución española -a diferencia de lo que ocurre en los Tratados comunitarios- no menciona el bienestar de los animales ni en los artículos que distribuyen competencias del Título VIII (ni en ningún otro), el Estado adopta esta Ley amparándose en diferentes títulos (disp. final sexta) y, en particular, en su competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (149.1. 13ª); bases y coordinación general de la sanidad (149.1. 16ª) y legislación básica sobre protección del medio ambiente (149.1. 23ª); y su competencia exclusiva sobre legislación mercantil (art. 149.1. 16ª), civil (art. 149.1. 8ª); régimen aduanero, arancelario y comercio exterior (art. 149.1. 10ª); seguridad pública (art. 149.1. 29ª); o estadística para fines estatales (art. 149.1. 31ª)..

³ Las entidades locales -al igual que ha ocurrido en el ámbito estatal y autonómico- no ostentan una competencia específica sobre animales de compañía y, más singularmente, sobre su protección, de manera que la adopción de la normativa sobre la materia se ha venido fundamentando en sus competencias

elemento fundamental” para hacer efectivas las disposiciones previstas en ella “pues, no solo constituyen el primer contacto entre la ciudadanía y la Administración, sino que afrontan sin ambages la problemática que, directa e indirectamente, conlleva el abandono animal, en el marco del ejercicio de las competencias en materia de medioambiente y protección de la salubridad pública en los términos previstos en la legislación autonómica” (la cursiva es nuestra).

La promulgación de la LDBA encuentra su razón de ser en la necesidad de establecer un marco estable y único que asegure la protección de los animales de compañía con independencia de su ubicación territorial⁴ eliminando las divergencias resultantes de las diferentes normas autonómicas⁵. Se trata, por tanto –y con las excepciones que en ella se especifican (disp. final sexta)⁶– de una norma básica y, por tanto, de obligada observancia en todo el territorio español⁷, lo que, como es sabido,

en materia de medio ambiente (art. 25. 2 f) LRBRL); seguridad en lugares públicos (art. 25.2 a) LRBRL); la sanidad y salubridad pública (art. 25.2 h) de la LRBRL, art. 42 de la Ley 14/1986, General de Sanidad y art. 38 de la Ley 2/1998, de 15 de junio de Salud de Andalucía). Sólo en aspectos puntuales, se invocan las que les corresponden sobre abastos, mataderos y ferias (art. 25.2 g) LRBRL); servicios de limpieza viaria, recogida y tratamiento de residuos (art. 25.2 l) LRBRL).

⁴ De este modo, el Preámbulo de la LDBA comienza afirmando “las comunidades autónomas y los Ayuntamientos se han hecho eco de la necesidad de desarrollar normativas que avancen en la protección de los animales, su bienestar y el rechazo ante situaciones de maltrato hacia los mismos, lo que ha dado lugar a un conjunto heterogéneo de normas que establecen mecanismos de protección de diverso alcance, en función del ámbito territorial en el que se encuentren”.

Este deseo armonizador se destacó por la Fiscalía General del Estado en cuyo dictamen el Anteproyecto de Ley (pág. 5) puede leerse que “se valora muy positivamente los objetivos perseguidos por el APL al considerar imprescindible la creación de un marco normativo a nivel nacional que establezca criterios comunes en esta materia, en la que existe una regulación dispar en las diferentes comunidades autónomas, constituyendo una garantía en la protección de los derechos de los animales la aplicabilidad general de la misma, con independencia de la parte del territorio en que el animal se encuentre, y en cuanto que proporciona el nivel de igualdad exigible en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones para los titulares de los mismos”. Dicho dictamen es accesible a través del siguiente enlace: <https://www.fiscal.es/documents/20142/290789/Informe+definitivo+Consejo+Fiscal+Anteproyecto+de+Ley+de+Proteccion+de+los+Animales.pdf/2324d8d0-f1a3-f332-5421-87c815f4bbc4?t=1664359439115&download=true>

⁵ Como apunta ALMONACID LAMELAS, V. En “Incidencia de la nueva Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales en las competencias de las entidades locales”, *El consultor de los Ayuntamientos*, 30 de marzo de 2023 (ref. *La Ley* 2891/2023), pág. 1, que la LDBA “irrumpe con un espíritu armonizador en un espacio normativo en el que debe coexistir con numerosas leyes autonómicas preexistentes e infinidad de ordenanzas municipales sobre tenencia y protección de animales”.

⁶ Conforme a lo dispuesto en el apartado tercero de esta disposición, no tiene carácter básico y, por tanto, será de aplicación únicamente en el ámbito estatal lo dispuesto en los artículos 4, 5, 6, 7, 8 y 9; artículo 11; artículos 15 a 20; apartado 3 del artículo 33; artículo 58, apartados 5 y 6, y disposición adicional tercera.

⁷ Como señaló el Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de protección de los animales de producción y de los utilizados para experimentación y otros fines científicos, “la política del bienestar de los animales puede tener el carácter, como ocurre con otras muchas políticas que acabaron

no significa que las comunidades autónomas o las entidades locales no puedan, en el marco de ésta y de las competencias que les corresponden (como, de hecho, han venido haciendo), adoptar las normas adicionales y/o de desarrollo que tengan por conveniente para mejorar, completar, desarrollar o especificar sus disposiciones⁸.

Al margen de lo dispuesto en la LDBA y en la LRBRL, el protagonismo de los entes locales también resulta -por lo que a Andalucía se refiere⁹- del artículo 19.14 b) de la Ley 5/2010, de 11 de junio de Autonomía local (en adelante LAULA), que enumera entre las competencias propias de sus municipios “la gestión y disciplina en materia de animales de compañía y animales potencialmente peligrosos¹⁰, y la gestión de su registro municipal”. Por su parte, la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de protección de los animales en esta comunidad (LPAA) contiene una serie de previsiones de cuya observancia se responsabiliza directamente a estas Administraciones: así, por ejemplo, serán ellas las encargadas de velar que la tenencia de los animales se realiza en las adecuadas condiciones higiénico-sanitarias y necesidades etológicas del animal (art. 10); asegurarse de que se cumplen las condiciones específicas sobre bienestar animal (art. 11); el modo en que se produce su acceso a las vías, espacios,

por afianzarse como funciones del Estado contemporáneo en el último cuarto del siglo pasado, bien de política sustantiva ad hoc, bien de política transversal, informadora de la actuación de otras políticas”. Dicho dictamen es accesible en la siguiente dirección: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2006-2135>

⁸ La intervención estatal se produce por cuanto la regulación autonómica y local no ha conseguido alcanzar los objetivos deseables en la protección de los animales. De ahí que su promulgación se instara por distintos colectivos. De hecho, hasta su entrada en vigor, se consideraba que eran precisamente estas Administraciones las más adecuadas para afrontar una regulación de estas características. Esta idea luce en el Dictamen que el Consejo de Estado emitió con ocasión de la aprobación del Reglamento para la tenencia, protección y bienestar de los animales de compañía de Ceuta, en el que, a propósito del título competencial invocado puede leerse que: “el Estado nunca ha pretendido ejercer la totalidad de la competencia, de manera que es la legislación autonómica (las 17 leyes de protección de los animales) la que regula la materia de manera más integral y sistemática para su territorio. Podría decirse que opera indirectamente el principio de subsidiariedad entendido como principio organizador de competencias en Estados territorialmente descentralizados y del mismo modo que “la Unión interviendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión” (artículo 5 del Tratado de la Unión Europea), en derecho español interno, el Estado solo interviene cuando su actuación sea más eficaz que la de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales”.

⁹ Debe tenerse en cuenta, además, que el Estatuto de Autonomía de Andalucía, tras la reforma de 2007, reconoce de forma expresa la competencia de esta Comunidad sobre “protección y bienestar animal” (art. 48.3 a).

¹⁰ No aborda, la Ley la espinosa cuestión de los llamados animales potencialmente peligrosos cuyo marco regulador (Ley y reglamento) preveía derogar inicialmente el proyecto pero que, finalmente -y con una muy deficiente técnica legislativa- se ha mantenido y sobre cuyo control también juegan un papel clave los entes locales. Sobre esta cuestión pueden consultarse los trabajos de PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a, *Animales potencialmente peligrosos. Su régimen jurídico*. Bosch, Barcelona, 2006 o ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, M^a L., “Animales potencialmente peligrosos. Algunas consideraciones sobre su régimen jurídico administrativo”, *RdAP* núm. 39-40 (2012), págs. 211-267.

transportes y establecimientos públicos (arts. 12 a 14); o de la creación y funcionamiento del Registro municipal de animales de compañía.

Al amparo de estas normas –y de las que las precedieron– han visto la luz numerosos reglamentos y ordenanzas municipales sobre tenencia y protección de estos animales, normativa que ha ido evolucionando desde sus inicios¹¹ –en los que se regulaban únicamente aspectos relacionados con la tenencia y recogida y sacrificio de animales abandonados– hasta su mayor protección y bienestar¹². En este sentido, el tránsito de la prohibición del maltrato a la imposición del “buen trato” es, precisamente, uno de los pilares fundamentales de la nueva norma¹³, en cuyo artículo 1.2 puede leerse que: “Se entiende por derechos de los animales *su derecho al buen trato, respeto y protección*, derivados de las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone

¹¹ De entre los primeros trabajos que se ocuparon del régimen jurídico de los animales resulta de obligada cita el de LÓPEZ RAMÓN, F., *La protección de la fauna en el Derecho español*. Ediciones del Instituto García Oviedo, núm. 48, Sevilla 1980.

¹² El apartado k) del art. 3 LDBA define el bienestar animal como el “estado físico y mental de un animal en relación con las condiciones en que vive y muere”. De este modo, la Ley hace suyo el concepto de bienestar animal que animal que proporciona la Organización Mundial de Sanidad Animal (OMSA). En la página web de la OMSA (<https://www.woah.org/es/que-hacemos/sanidad-y-bienestar-animal/bienestar-animal/>) se explicitan las directrices que guían su actuación en relación con los animales terrestres y que incluyen las llamadas “cinco libertades”, libertades que –tal y como se recoge en dicha página– describen “las expectativas de la sociedad en cuanto a las condiciones a las que están sometidos los animales cuando están bajo el control del hombre, es decir: a) libres de hambre, de sed y de desnutrición; b) libres de temor y de angustia; c) libres de molestias físicas y térmicas; d) libres de dolor, de lesión y de enfermedad; y e) libres de manifestar un comportamiento natural”. Asimismo, respecto de los peces de cultivo (excepto los ornamentales) la OMSA ha elaborado normas internacionales para su bienestar que se concretan en el llamado “Código Acuático”. En el mismo se “insta a recurrir a métodos de manipulación que sean apropiados a las características biológicas del animal, así como un entorno adecuado a sus necesidades”.

Entre los autores que se han ocupado de estudiar la evolución de la normativa y el concepto de bienestar animal pueden citarse, entre otros, los trabajos de PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a, “El bienestar como una faceta distinta y propia en la configuración legal de la protección animal”. *ANAPORC. Revista de la Asociación de Porcinocultura Científica*, vol. 1, núm. 4 (2004), págs. 44-50; y del mismo autor “El bienestar animal como una nueva concepción de la protección”, en *Animalia: revista profesional de los animales de compañía* núm. 189 (2006), págs. 56-60; o ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, M.^a L., “Legislación y bienestar animal”, *CEF Legal. Revista práctica de Derecho* núm. 60 (enero 2006), págs. 55-86. Para un análisis de esta cuestión en el Reino Unido resulta sumamente esclarecedor el trabajo de RADFORD, M., *Animal Welfare Law in Britain. Regulation and Responsibility*. Oxford University Press, 2001; finalmente es clásica la cita del trabajo de RIECHMANN, J., en “La dimensión jurídica: ¿derechos para los animales?”, en MOSTERÍN, J. y RIECHMANN, J., *Animales y ciudadanos*. Talasa, Madrid, 1995, págs. 190-203.

¹³ Se sitúa así la LDBA en la línea de las últimas leyes autonómicas de protección de los animales y las de las más recientes modificaciones del Código Civil, en el que la Ley 17/2021 pone fin a la reclamada consideración de los animales como “cosas”, regulación que, además, como señala MUÑOZ MACHADO, S., “Los animales y el Derecho”, incluido en MUÑOZ MACHADO, S. *et al*, *Los animales y el Derecho*. Civitas, Madrid 1999, pág.47, era “plana, idéntica para todos los animales con independencia de su posición en las relaciones de convivencia o de su proximidad biológica con los hombres”.

a las personas, en particular a aquéllas que mantienen contacto o relación con ellos” (la cursiva es nuestra).

El propósito de este trabajo es reflexionar sobre las principales novedades que la nueva Ley supone en las competencias de las entidades locales en materia de protección de animales de compañía, siendo preciso para ello detenernos con carácter previo en la determinación de lo que se entienda por tales.

II. UNA CUESTIÓN PRELIMINAR: ¿SE APLICA LA NUEVA LEY A “TODOS” LOS ANIMALES”?

Pese a lo que del título de la LDBA pudiera sugerir (“protección de los derechos y el bienestar *de los animales*”), conforme se avanza en su lectura -y sin perjuicio de las matizaciones a las que luego se aludirá- resulta que el grueso (no la totalidad) de su contenido, se limita a una determinada categoría de animales: los llamados “de compañía”. Sin embargo, esta precisión no es suficiente, *per se*, para delimitar su espectro pues, pese a lo que pudiera pensarse en una primera aproximación, no nos encontramos ante una cuestión pacífica. En efecto, con ocasión de las primeras normas estatales –p.ej. sobre animales potencialmente peligrosos- y autonómicas –sobre protección de los animales- algunos autores se hicieron eco del concepto recogido en el Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía (ratificado por España en 2017). Dicho Convenio considera como tal “todo aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía” y sin que el ánimo de lucro sea el motivo principal que justifica su tenencia (PÉREZ MONGUIÓ¹⁴). Ello supone que lo determinante para que un animal se considere como de compañía no depende de su *especie* sino de la *función* que dicho animal cumpla, de manera que, a *priori*, ninguna categoría de animales (sean domésticos, salvajes o domesticados) se excluye del concepto que puede extenderse a cualquier animal por cuanto “la compañía es una función y no una categoría”.

La LDBA no sigue este criterio de forma estricta pues, si bien parte de la posibilidad de que un animal se considere como de compañía por la función que desempeñe, califica necesariamente como tales –con las excepciones a las que luego se

¹⁴ En la línea trazada por el Convenio europeo de protección de animales de compañía, PÉREZ MONGUIÓ, J. M^a, *Animales de compañía. Régimen jurídico en el Derecho administrativo*, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 174, 175 y 178 señala que “el que el elemento esencial para definirlos es “la función a desempeñar por éstos, independientemente de su condición de domésticos, salvajes o domesticados” para definirlos como “aquellos animales que se tienen por afición o compañía, habitualmente en el hogar, normalmente domesticados y cuidados selectivamente para la convivencia con los seres humanos y sin que el ánimo de lucro constituya el elemento determinante ni principal de su tenencia”. Del mismo autor vid., “Hacia un concepto real de animal de compañía”, *Animalia* núm. 127 (2001), pág. 45.

aludirá- a ciertas especies de animales (perros, gatos y hurones) con independencia del fin o función a que se destinen. Dispone, en efecto el artículo 3.1 a) que se entiende por animal de compañía el “doméstico o silvestre en cautividad, mantenido por el ser humano, siempre que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones o cualquier uso industrial o cualquier otro fin comercial o lucrativo y que pertenezca a una especie que esté incluida en el listado positivo de animales de compañía. En todo caso perros, gatos y hurones, independientemente del fin al que se destinen o del lugar en el que habiten o del que procedan, serán considerados animales de compañía. Los animales de producción sólo se considerarán animales de compañía en el supuesto de que, perdiendo su fin productivo, el propietario decidiera inscribirlo como animal de compañía en el Registro de Animales de Compañía”.

De lo dispuesto en este artículo es que el denominado “listado positivo de animales de compañía” resulta determinante para conocer qué animales, a los efectos de la norma, tienen la consideración de “compañía”. En relación con dicho listado – y pese a lo que en un principio pudiera pensarse – de la lectura de los correspondientes preceptos de la Ley (34 y 35) resulta que no se trata, en realidad, de una lista única sino de *diversas listas* que se elaborarán de forma independiente (así se prevé que existirán listas de animales silvestres, de mamíferos, de aves, de reptiles, de anfibios, de peces e invertebrados).

Ello implica que, además de los perros, gatos y hurones, pueden considerarse como de compañía mediante su inclusión en alguna de dichas listas: a) los animales domésticos tal y como se definen en la Ley 8/2003, de 24 de abril; b) los pertenecientes a especies silvestres; c) los animales de producción que no pertenezcan a especies silvestres y que hayan perdido su fin productivo; d) las aves de cetrería y los animales de acuariofilia no incluidos en el catálogo de especies exóticas o invasoras ni especies silvestres protegidas o especies silvestres de fauna no presentes de forma natural en España protegidas por el Derecho de la Unión Europea y/o los tratados internacionales ratificados por nuestro país (art. 34).

Por lo demás, para que una especie pueda ser incluida en estas listas deben concurrir los requisitos que se especifican en el art. 36 y que pueden resumirse del siguiente modo:

- Que se trate de especies cuyos individuos puedan mantenerse adecuadamente en cautividad. De este modo, no podrán aparecer animales que pertenezcan a especies respecto de las cuales existan “dudas razonables” acerca de la posibilidad de mantenerlas y cuidarlas adecuadamente en cautividad.

- Que exista documentación científica o información sobre el adecuado alojamiento, mantenimiento de la especie en cuestión o de otra similar, así como su cría en particular.

- Que no se trate de especies sobre las que resulte acreditado su carácter invasor en el ámbito territorial del lugar de tenencia o que, en caso de escape o ausencia de control, supongan o puedan suponer un riesgo grave para la conservación de la biodiversidad en dicho ámbito territorial. En ningún caso podrán incluirse las especies exóticas invasoras definidas en el RD 630/2013, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Catálogo español de especies exóticas invasoras.

- Que no se trate de especies cuya tenencia pueda suponer un riesgo para la salud o seguridad de personas, otros animales u otro peligro razonable concreto.

- Que no se trate de individuos de especies silvestres protegidas, especialmente las incluidas en el régimen de protección especial (estatal o autonómica) o especies de fauna no presentes de modo natural en España protegidas por el Derecho comunitario o por tratados internacionales ratificados en España y sin perjuicio de lo previsto para las aves de cetrería.

Por lo demás, dichas listas serán abiertas, públicas, de ámbito estatal y se mantendrán constantemente actualizadas por el Ministerio competente. El procedimiento para su aprobación se determinará por Real Decreto (art. 37). La disposición final cuarta prevé distintos plazos para la aprobación de los listados según se trate de animales silvestres (veinticuatro meses desde la fecha de entrada en vigor de la LDBA); doce meses – desde la entrada en vigor del reglamento que apruebe el listado de animales silvestres – para la publicación del que se refiere a los mamíferos silvestres; y treinta meses desde la entrada en vigor del citado reglamento para publicar el de especies de otros grupos de animales silvestres (aves, reptiles, anfibios, peces e invertebrados).

El problema se plantea respecto de los animales que, en el momento de entrada en vigor de Ley, ya se tengan como de compañía y pertenezcan a alguna de las especies silvestres que, finalmente, no queden incluidas en alguno de los listados que se aprueben. En relación con esta cuestión, se prevé que también reglamentariamente se determinarán las condiciones de su tenencia que en cualquier caso serán acordes con lo recogido en la Ley y sin que, en ningún caso, pueda conllevar su sacrificio (art. 37.3, disposición transitoria 5ª).

Debe entenderse que, en este caso, el legislador quiere referirse a animales que perteneciendo a alguna de las especies que finalmente no se incluyan en el listado que corresponda, no pertenezcan a alguna de las que reúnan los criterios a los que

alude la disposición transitoria segunda y cuya tenencia se prohíbe de forma expresa, a saber:

a) Artrópodos, peces y anfibios cuya mordedura o veneno pueda suponer un riesgo grave para la integridad física o la salud de personas y animales.

b) Reptiles venenosos y todas las especies de reptiles que en estado adulto superen los dos kilogramos de peso, excepto en el caso de quelonios (tortugas)¹⁵

c) Todos los primates

d) Mamíferos silvestres que en estado adulto superen los 5kg.

e) Especies incluidas en otra normativa sectorial (estatal o comunitaria) que impida su tenencia en cautividad.

Las personas que tengan uno de estos animales tendrán la obligación de comunicarlo a las autoridades competentes en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente ley que deberán “adoptar las medidas necesarias para su intervención y puesta a disposición de animales silvestres, zoológicos o entidades de protección animal”.

En definitiva, y a modo de conclusión, puede decirse que:

- En principio – a los efectos de la LDBA – perros, gatos y hurones tienen la consideración de animales de compañía, si bien existen importantes salvedades. En efecto, si bien la LDBA parte – como se ha dicho (y este era el propósito de sus precursores) – de que perros, gatos y hurones se consideran como de compañía “con independencia del fin al que se destinen o del lugar en el que habiten”, la LDBA no ampara finalmente (sin perjuicio de su protección por la “normativa que corresponda”) a los utilizados en actividades específicas (como las deportivas reconocidas por el Consejo Superior de Deportes); los utilizados en actividades profesionales (dedicados a una actividad o cometido concreto realizado conjuntamente con su responsable en un entorno profesional o laboral, como los perros de rescate, animales de compañía utilizados en intervenciones asistidas o los animales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o de la Fuerza Armada); ni a los perros pastores y de guarda del ganado, los de caza, rehalas y animales auxiliares de caza. Esta excepción –fuertemente contestada desde ciertos sectores – tiene su origen en las presiones del sector cinegético y el mundo rural y próspero, como consecuencia de una enmienda del PSOE¹⁶, dando

¹⁵ El diccionario de la RAE define los quelonios como reptiles con cuatro extremidades cortas, mandíbulas córneas, sin dientes, y el cuerpo protegido por un caparazón duro que cubre espalda y pecho

¹⁶ En la enmienda núm. 1 presentada por el Grupo socialista al texto del Proyecto, se justificaba esta exclusión en que “es preciso deslindar la normativa de bienestar aplicable a los animales de compañía de aquellos otros tradicionalmente denominados de producción, o vinculados a actividades profesionales.

lugar importantes tensiones entre el dicho partido y su socio de Gobierno (Unidas Podemos) que a punto estuvo de hacer fracasar la Ley.

- En segundo lugar, también se consideran animales de compañía los domésticos y los silvestres en cautividad.

Los domésticos se definen por referencia a lo dispuesto en la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad animal que, a su vez, los configura como “los de compañía pertenecientes a especies que críe y posea tradicional y habitualmente el hombre, con el fin de vivir en domesticidad en el hogar, así como los de acompañamiento, conducción y ayuda de personas ciegas o con deficiencia visual grave o severa”

Por su parte, por animal silvestre se entiende “todo aquel que forma parte de un conjunto de especies, subespecies y poblaciones de fauna cuyo geno/fenotipo no se ha visto afectado por la selección humana, independientemente de su origen natural o introducido, incluyendo ejemplares de especies autóctonas y alóctonas, ya que se encuentran en cautividad o libres en el medio natural. No se considerarán animales silvestres los animales domésticos de compañía, *aun en el caso de que hubieren vuelto a un estado asilvestrado*” (la cursiva es nuestra). Destacamos la parte del texto en cursiva que entendemos que encierra cierto riesgo por cuanto, a su amparo sería posible sostener – por ejemplo – la aplicación de las normas sobre protección de animales de compañía a algunas plagas urbanas pese a que, en apariencia, su estatuto ordinario quede fuera de este campo al tratarse de ejemplares de especies silvestres¹⁷.

Para que unos y otros puedan ser considerados como de compañía y acogerse, por tanto, a las medidas de protección previstas en la LDBA, no deberán de tener como destino “su consumo o el aprovechamiento de sus producciones o cualquier uso

De esta forma la nueva Ley se aplicará exclusivamente a los animales de compañía que son mantenidos en el hogar familiar y conviven en él con sus titulares.

Ello es así, pues tales animales ya encuentran su acomodo jurídico y su debida protección en la vigente normativa reglamentaria, y, especialmente en la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio.

Igualmente, esta enmienda y planteamiento se encuentra en la línea de la regulación de la Unión Europea, sin por ello descuidar los requisitos de bienestar exigidos para estos animales contenidos en la Ley 32/2007 y en la normativa propia de las Comunidades Autónomas.

Cabe recordar, finalmente, que el Proyecto de Ley, en su redacción actual introduciría un factor de distorsión a la hora de su aplicación por las comunidades autónomas (competentes en exclusiva en materia de protección animal, de conformidad con el Bloque de Constitucionalidad, por todas la reciente Ley Foral 18/2022, de 13 de junio, de modificación parcial de la Ley Foral 19/2019, de 4 de abril, de protección de los animales de compañía en Navarra, así como las competencias exclusivas en materia de deporte, artículo 148.1.19.a CE).¹⁷

¹⁷ Tal es el caso de las cotorras argentinas en la ciudad de Madrid, que según un censo realizado por SEO/BirdLife, que en apenas tres años (2016 a 2019) han pasado de 9.000 a 12.000 individuos (lo que supone un aumento del 33%).

industrial o cualquier otro fin comercial o lucrativo” y además, “deberán de pertenecer a una especie que esté incluida en el listado positivo de animales de compañía”.

- En tercer lugar, también –en principio– es posible que un animal cuyo destino (propio o primigenio) no sea el de ser “de compañía” sino de producción¹⁸ (p. ej. un cerdo¹⁹ o un asno) pueda considerarse como de compañía siempre y cuando su destino deje de ser la producción y el propietario decida inscribirlo como tal en el Registro de Animales de Compañía (art. 1.3b) LDBA). Esta previsión puede plantear algunos problemas y ha dado lugar a algún pronunciamiento del TJUE²⁰.

- Por último, Ley excluye de su ámbito (debiendo estarse a su normativa específica) a los animales utilizados en espectáculos taurinos (art. 1.3 a); los animales de producción (art. 1.3.b), sin perjuicio de la posibilidad antes apuntada); los utilizados en experimentación y otros fines científicos y los utilizados en investigación veterinaria (art. 1.3 c).

¹⁸ Los animales de producción se definen por referencia a la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio, que en su art. 3 a) –con una redacción (manifiestamente mejorable) dada por la disp. final 9ª de la LDBA– dispone que son animales de producción: “los animales de producción, reproducción, cebo o sacrificio, incluidos los animales de peletería o de actividades cinegéticas, y los silvestres mantenidos, cebados o criados, para la producción de alimentos o productos de origen animal, o para cualquier otro fin comercial o lucrativo. Quedan excluidos los perros, gatos y hurones. Los animales de producción sólo se considerarán animales de compañía en el supuesto de que, perdiendo su fin productivo, el propietario decidiera inscribirlo como animal de compañía en el Registro de Animales de compañía”.

¹⁹ La posibilidad de que un animal “de producción” se utilizase como de compañía se recogió en el dictamen que el Consejo de Estado elaboró sobre el Anteproyecto de la Ley de protección de los animales de producción y de los utilizados para experimentación y otros fines científicos (disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2006-2135>), cuando señalaba que “el anteproyecto no entra a regular el campo por excelencia de este nuevo sector del ordenamiento jurídico, el del bienestar de los animales de compañía, aunque ello plantea problemas técnicos ya que (...) los denominados animales de producción pueden ser destinados a compañía (al igual que pueden serlo animales que son silvestres)”

²⁰ Precisamente en relación con los cerditos utilizados como animal de compañía puede traerse a colación la STJUE (caso “Jippes”, disponible en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0189&from=NL>). Dicha sentencia la cuestión que se planteó cuando con el fin de luchar contra la fiebre aftosa, la UE aprobó una Directiva en la que se prohibía la utilización de vacunaciones preventivas e imponía el sacrificio obligatorio del ganado. La Sra. Jippes, poseía animales de granja a los que se negaba a sacrificar con el argumento de que existía un principio general de derecho comunitario sobre el bienestar animal que protegía a los animales del dolor físico y el sufrimiento salvo en caso de necesidad. En la mencionada sentencia el Tribunal concluye que la protección del bienestar animal, si bien es una exigencia que debe tomarse en consideraciones en el marco de la política comunitaria, es inferior a las “exigencias de interés general” tales como la seguridad sanitaria. Por consiguiente, esta superioridad permite validar las medidas comunitarias de lucha contra la fiebre aftosa que son la prohibición de las vacunaciones preventivas y la obligación de sacrificio del ganado. Un breve comentario a esta sentencia puede encontrarse en BRELS, S. (2012) “El bienestar de los animales: un nuevo principio general y constitucional de Derecho comunitario. Sentencia Jippes, TJUE, 2001”, *Derecho Animal*. Forum of Animal Law Studies, 2012, Vol. 3, n.º 2, pp. 1-7, accesible en el siguiente enlace: <https://raco.cat/index.php/da/article/view/349599>.

III. LA INTENSIFICACIÓN DEL ROL LOCAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA

Reconocido el papel clave de los entes locales, en las páginas que sigue se reflexionará sobre en qué modo influye la LDBA en sus competencias, reflexión conveniente y necesaria en la medida en que esta nueva Ley matiza obligaciones que ya les correspondían e introduce otras que se añaden a las ya existentes.

1. Protección de colonias felinas

Quizá las más llamativas de entre las nuevas obligaciones que la LDBA impone a las entidades locales (inédita en la Ley andaluza, aunque no en otras leyes autonómicas²¹) sea la que refiere a la gestión de las colonias felinas²². En efecto, la nueva Ley dedica un capítulo íntegro (arts. 38 a 42) a este asunto; en particular, el art. 39 se refiere a las funciones de la Administración local a las que “en ausencia de otra previsión en la legislación autonómica y en los términos establecidos en la legislación vigente” les atribuye “la gestión de los gatos comunitarios, a cuyos efectos deberán de desarrollar programas de gestión de colonias felinas” que incluirán, al menos, los aspectos que dicho artículo enumera, a saber: fomento de la colaboración ciudadana para su cuidado, regulando los “procedimientos” en los que se recogerán derechos y obligaciones de los cuidadores estas colonias; atención sanitaria de los mismos para lo que deberán contar “siempre con los servicios de un profesional veterinario colegiado; establecimiento de protocolos de actuación para los casos en los que las colonias se encuentren en ubicaciones privadas; implementación de campañas de formación e información de los programas de gestión de estas colonias que se implanten en el término municipal; el establecimiento de “planes de control poblacional” con los criterios que se especifican; habilitación de un lugar adecuado con espacio suficiente para la retirada temporal de los individuos de las colonias en caso de necesidad; establecimiento de los mecanismos “normativos y de vigilancia” para llevar a cabo el control y la sanción de los responsables de los gatos que nos los tengan debidamente identificados y esterilizados, y que, por tanto, no impidan la reproducción de sus animales con los gatos comunitarios.

²¹ Así hacen mención a las colonias felinas (aunque algunas con diferente terminología como “gatos errantes”, “gatos ferales” o “gatos urbanos”, entre otros) las Leyes de Asturias, Cataluña, Madrid, Galicia, Murcia, La Rioja, Navarra, Castilla-La Mancha y el País vasco y el Reglamento de Protección animal de Ceuta. Asimismo, existen también ordenanzas que se han ocupado, en mayor o menor medida, de su regulación como la de Almería que las regula en el Título III de la Ordenanza de 26 de agosto de 2021 sobre protección, bienestar y tenencia de animales de compañía (BOP de 29 de septiembre de 2021).

²² Uno de los primeros estudios al respecto es el de FUENTES i GASÓ, J.R y EXPÓSITO LÓPEZ, O., “El régimen jurídico de protección de las colonias felinas y los entes locales”, incluido en la RAAP núm. 113 (2022), págs. 47-74.

Pese a lo que una primera aproximación al tema pudiera sugerir, la finalidad última de esta regulación no es perpetuar las poblaciones felinas en libertad sino terminar gradualmente con las mismas (art. 38.1) lo que habrá de hacerse- observando los principios de ética en el manejo de animales, respeto a su grado de socialización, y reducción de impacto en el entorno y control sanitario, para lo que la estrategia de captación, esterilización y retorno (CER) ha demostrado ser una medida eficaz²³.

Para ello se imponen múltiples obligaciones a los municipios²⁴, a saber: atención veterinaria, control poblacional (con mapeo, esterilización y control sanitario de la colonia con intervención de veterinario) implementación de campañas de información sensibilización; elaboración de los correspondientes procedimientos en los que se regularán los derechos y obligaciones de los cuidadores; habilitación de un espacio que pueda acoger temporalmente a los individuos que se retiren de las colonias en caso de necesidad; o la adopción de los correspondientes instrumentos normativos (adaptación o aprobación de nuevas ordenanzas), entre otras.

La cuestión es que, como tantas otras veces ha ocurrido, la imposición de estas obligaciones no viene acompañada con la previsión en la Ley de una adecuada financiación. Y es que, como es evidente, para que los entes locales puedan acatar con solvencia estos cometidos deberán disponer de los adecuados medios personales y materiales, lo que supondrá un verdadero problema, sobre todo, para los municipios más pequeños, al verse obligados a consignar para ello importantes cantidades de dinero de sus ya, por lo común, exiguos presupuestos²⁵. En efecto, el art. 39.2 de la LDBA se limita a incluir una lacónica referencia a “las líneas de subvención” que la Administración General del Estado deberá de establecer para el cumplimiento de estas obligaciones y la posibilidad de que puedan recabar el auxilio de

²³ Así se destaca en el *Manual de gestión de colonias felinas para las entidades locales*, elaborado por la Dirección General de bienestar animal, disponible a texto completo en el siguiente enlace: <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-animales/docs/2023/Manual-de-gestion-de-colonias-felinas-para-entidades-locales.pdf>

²⁴ Como señala el *Manual* citado *ut supra* en su pág. 4: “La gestión y control de las colonias felinas recae sobre las entidades locales, tanto porque es necesario para homogeneizar los modelos de trabajo, registro de poblaciones y recogida de datos y para dotar de recursos públicos necesarios a la actividad, sin los que sería imposible lograr una intervención exitosa. Por otra parte, la colaboración ciudadana y de entidades de protección animal, como actores plenamente implicados en el modelo de gestión, es necesaria y fundamental para conseguir llegar a todas las colonias con un modelo coordinado y estandarizado”.

²⁵ Aunque en la Ley no lo hace, debe tenerse en cuenta la diferencia entre la castración y la esterilización. La primera, supone la extirpación de los órganos reproductores, mientras la segunda impide la reproducción sin ablación de aquéllos. La castración de un ejemplar macho se sitúa en torno a los 50-60 euros, cuantía que asciende en el caso de las hembras, ya que la complejidad de la cirugía es diferente. A ello debe de añadirse que, antes de operar, hay que revisar al animal, idealmente realizando una analítica de sangre y un electrocardiograma. Tras la intervención, deberá de llevarse un control que permita constatar su éxito y esperar a la cicatrización de la herida antes de su devolución al medio. Todo ello, supone añadir gastos adicionales que deben sumarse al importe total.

las correspondientes diputaciones provinciales (art. 39.4) además de las cantidades que, al amparo de lo previsto en el artículo 19.3, puedan corresponderles de las que anualmente se consignen para el departamento ministerial competente en los Presupuestos Generales del Estado u otras fuentes de financiación “que puedan establecerse” (art. 19.2).

2. Elaboración de protocolos de protección civil para la protección de animales en situaciones de emergencia

La LDBA abre la puerta a que se dé respuesta a uno de aspectos sistemáticamente olvidados²⁶ en el manejo de las situaciones de catástrofe o emergencia: el de los animales que se ven afectados, junto con las poblaciones humanas, del suceso en cuestión. En efecto, el art. 21 de la LDBA prevé que “los Planes de protección civil contendrán medidas de protección de los animales, adecuadas a las disposiciones de esta Ley.

La consideración de los animales en general (no sólo los domésticos) como víctimas y, por tanto, la necesidad de que se produzca su inclusión en los correspondientes planes o protocolos de protección civil es una lógica consecuencia de la evolución de la conciencia social sobre los animales²⁷ y su consideración como seres sintientes²⁸.

²⁶ Así lo constata la LDBA en su Preámbulo.

²⁷ De este modo, según se recoge en el sitio web de la entidad de operadores jurídicos por los animales INTERcids (<https://intercids.org/intercids-animales-no-pueden-seguir-excluidos-de-planes-proteccion-civil/>) además de los de compañía, “también debe atenderse a otras especies de animales: animales silvestres o que viven en estado salvaje (los cuales pueden encontrar en su huida barreras geográficas insalvables, o ver impedida la posibilidad de escapar según las características de la situación de emergencia); animales de producción (los riesgos asociados a emergencias se agravan en algunas instalaciones de ganadería intensiva, donde la situación de los animales dificulta el diseño de planes de evacuación eficaces); y animales de los núcleos zoológicos incluidos los parques zoológicos (que también se ven afectados, ya que la evacuación de sus animales confinados no está contemplada)”.

²⁸ Quizá fue F. GONZÁLEZ NAVARRO en su *Derecho administrativo español*, publicado por Eunsa en el año 1987, uno de los primeros administrativistas que se ocupó de estudiar el régimen jurídico de los animales, refiriéndose a estos como “seres sintientes”. Con posterioridad, otros autores se han ocupado de esta cuestión pudiendo citarse, entre otros, los trabajos de ALONSO GARCÍA, E., “El bienestar de los animales como seres sensibles sintientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español”, *La Ley* núm. 1120 (2011) págs.1-50; CASADO CASADO, L., “La tutela del bienestar animal en el ordenamiento jurídico-administrativo en España. Especial referencia a los animales de compañía” en *Revista de Direito Económico e Socioambiental*, Curitiba, vol. 11, núm. 2, págs. 48-102 (maio/ago. 2020), accesible en: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v11i2.27708; o MEDINA MARTÍN, E.M., “Regulación jurídica de las políticas públicas de protección, bienestar o “derechos” de los animales: de la instauración del bienestar animal como política pública por la Unión Europea en 1974 a la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, 81/2020, de 15 de julio, sobre el papel del derecho privado y el derecho público y las respectivas competencias del Estado y las comunidades autónomas”, *Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinarios de Bienestar Animal* núm. 6 (2020), págs. 1-101.

En esta línea el art. 2 del RD 524/2023, de 20 de junio, que aprueba la Norma básica de protección civil, contiene una mención específica a los animales al prever que: “El catálogo de riesgos que deban ser objeto de planificación contiene los que, por su frecuencia, duración, ámbito territorial e impacto en la población y en sus bienes, en los animales, en el medio ambiente o en el patrimonio histórico artístico y cultural, deban ser objeto de planes de protección civil, previa aprobación, en su caso, de la correspondiente Directriz Básica de Planificación.”

Por lo que a Andalucía se refiere²⁹, el Estatuto de Autonomía establece en su artículo 66 la atribución a la Comunidad Autónoma de la competencia exclusiva en materia de protección civil³⁰. Asimismo, en su artículo 37.1. 25º considera como principio rector de las políticas públicas de la Comunidad autónoma la atención y protección civil ante situaciones de emergencia, catástrofe o calamidad pública. Por su parte, la LAULA prevé -entre las competencias propias de los municipios andaluces en materia de protección civil- la creación, la elaboración, aprobación, implantación y ejecución del Plan de Emergencia Municipal; la adopción, con los medios a disposición de la corporación, de medidas de urgencia en caso de catástrofe o calamidad pública en el término municipal, mantenimiento y dirección de la estructura municipal correspondiente, la promoción de la vinculación ciudadana a través del voluntariado de protección civil y la elaboración de programas de prevención de riesgos y campañas de información.

De lo dispuesto en ella se infiere que los Ayuntamientos deben de contar, necesariamente, con un plan territorial de protección civil, siendo su elaboración preceptiva y no meramente facultativa³¹.

En la fecha en que se redactan estas líneas se encuentra en tramitación el proyecto de Decreto por el que se regula el sistema local de protección civil en los municipios de la comunidad autónoma de Andalucía³², en cuyo artículo 3 se concretan

²⁹ El art. 25.2 f) de la LRBRL prevé que los municipios deben ejercer, en todo caso, competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de protección civil. Por su parte, el apartado 1 c) del art. 26 establece que los municipios de más de 20.000 habitantes deben prestar obligatoriamente, por sí o asociados, los servicios de protección civil.

³⁰ Que incluye, en todo caso, la regulación, la planificación y ejecución de medidas relativas a las emergencias y la seguridad civil, así como la dirección y coordinación de los servicios de protección civil, que incluyen los servicios de prevención y extinción de incendios respetando las competencias del Estado en materia de seguridad pública.

³¹ El problema estriba en determinar si dicha obligación puede predicarse de todos los municipios o sólo de los que superen un determinado número de habitantes o tengan otras peculiaridades que lo requieran. Sobre esta cuestión *vid.* BARCELONA LLOP, J., “Las competencias de los municipios en materia de protección civil”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local* núm. 9 (2018), págs.247-303.

³² En su Preámbulo puede leerse que. “El Título I establece el objeto del Decreto, regular el sistema local de protección civil en los municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía como instrumento esencial para asegurar la coordinación, la cohesión y la eficacia de las políticas municipales de protección

las competencias generales de los municipios sobre esta materia y, en particular, en la elaboración, aprobación y desarrollo del Plan de Emergencia Municipal (apartado b). Sin embargo, en dicho artículo no se contiene mención alguna a los animales, aunque es de esperar que a lo largo de su tramitación se produzca su inclusión sin perjuicio del carácter básico de las aludidas normas estatales - RD 524/2023, de 20 de junio y LDBA- que así lo imponen.

3. Recogida y custodia de animales extraviados, abandonados y en situación de desamparo

La recogida de animales extraviados y abandonados es, podría decirse, la obligación más “tradicional” o “clásica” de los Ayuntamientos en materia de animales de compañía³³. Prevista desde las primeras normas municipales sobre la materia³⁴, se contempla en el apartado tercero del artículo 27 de la LPAA y ha sido objeto de importantes matizaciones por parte de la LDBA tanto en lo que se refiere al concepto de animal abandonado o perdido como a las obligaciones de los Ayuntamientos.

civil. Define qué es la protección civil municipal desarrollando las competencias de los municipios en la materia y estableciendo la integración del Sistema Local de Protección Civil en la actividad del Sistema Nacional de Protección Civil. Su texto puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2021-11/01.8-%20Proyecto%20de%20Decreto.pdf>.

³³ En la enmienda a la totalidad del Grupo parlamentario popular presentó al Proyecto (BOCG núm. 117-3, de 28 de noviembre de 2022) se apunta que “según las estimaciones elaboradas por la Fundación Affinity a partir de los animales recuperados por sociedades protectoras, Ayuntamientos y consejos comarcales de España, unos 280.000 perros y gatos fueron abandonados o se perdieron en nuestro país en 2020, con cifras similares en 2021. Aunque estas cifras supusieron un descenso del 6,6% respecto a 2019, siguen siendo datos alarmantes”. Señala ARANA MUÑOZ, E., “Animales de compañía y Administración local” en ESTEVE PARDO, J. (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*. Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2006, pág. 743, “el abandono de los animales domésticos genera muchos y variados problemas, así los relacionados con la sanidad e higiene, con la seguridad pública, con la seguridad vial, con el medio ambiente y, finalmente, los relacionados con la protección de los propios animales abandonados que sufren todo tipo de peligros y penalidades con el abandono”.

³⁴ Una de los ámbitos clásicos de la actuación de las entidades locales (que se mantiene en la actualidad) es el de la recogida de animales abandonados, cuya regulación –como señalé en mi trabajo “Los animales domésticos y el Derecho: en particular, el régimen jurídico de los animales de compañía”, en *Panorama jurídico de las Administraciones públicas en el siglo XXI*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, INAP, 2002, pág. 1210- se remonta a principios del siglo XX. En particular, la primera norma que puede citarse al respecto es la Orden de 1 de julio de 1927, que consideraba como vagabundos todos los perros que circulen dentro de las poblaciones sueltos y sin bozal, atribuyendo a los Ayuntamientos la obligación de recogerlos a lazo y con prohibición “del empleo de estricnina u otros venenos que determinan una muerte de grandes sufrimientos y dan ocasión a abominables escenas en la vía pública, impropia de los pueblos civilizados”.

A. Precisiones sobre el concepto de animal “abandonado” y “extraviado”. La nueva categoría de animales “desamparados”

En la LPAA la consideración de animal abandonado se liga a concurrencia de dos requisitos que deben darse de forma simultánea: que el animal no se encuentre acompañado de persona alguna y que no porte elemento identificativo que permita localizar a su propietario (art. 27). Asimismo, se considera como tal aquel animal que portando identificación no haya sido recuperado por su propietario en el plazo de cinco días desde que se le haya notificado su hallazgo.

La LDBA amplía este concepto al considerar como abandonados además de aquellos en los que concurren dichas circunstancias los “que permanezcan atados en el interior de un recinto o finca sin ser atendidos en sus necesidades básicas por la persona titular o responsable”, y todos aquellos que no fueren recogidos por sus titulares o responsables de “las residencias, centros veterinarios u otros establecimientos similares en los que los hubieran depositado previamente” (art. 3 e). Al equiparar los animales que permanezcan atados y mantenidos en las condiciones expuestas a los abandonados, se posibilita que puedan ser incautados y transmitidos a un centro de protección animal o al que determine la autoridad competente (art. 77 a) LDBA). En cambio, no se consideran como abandonados los animales de compañía que hubieran vuelto a un estado “asilvestrado”; de hecho, la calificación jurídica de tales animales es dudosa por cuanto que tampoco tienen la condición de silvestres ya que como se dijo al inicio de este trabajo, el apartado c) del art. 3 indica que “no se considerarán animales silvestres los animales domésticos de compañía, aun en el caso de que hubieren vuelto a un estado asilvestrado” ni los sinantrópicos, lo que puede dar lugar a problemas en el caso de plagas.

Por otra parte, también se introduce una matización en el concepto de animal extraviado por cuanto se considera como tal no sólo el que portando identificación circule libremente sin persona acompañante (art. 27.2 LPAA), sino, en general, a “todo aquel que dentro del ámbito de la Ley que, estando identificado o bien sin identificar [circunstancia que, de por sí, supone el incumplimiento de una obligación³⁵] vaga sin destino y sin control, siempre que sus titulares o responsables hayan comunicado su extravío o pérdida en la forma y plazo establecidos a la autoridad competente”.

Por último, la LDBA introduce una nueva categoría: la de los animales desamparados, entendiendo por tales “todo aquel que dentro del ámbito de esta ley e, independientemente de su origen o especie, se encuentre en una situación de indefensión o enfermedad sin recibir atención o auxilio”.

³⁵ Art. 51 LDBA.

B. Obligaciones respecto de los animales abandonados, extraviados o desamparados

El artículo 27 de la LPAA³⁶ tras prever que corresponde a los Ayuntamientos la recogida y el transporte de los animales abandonados y perdidos, añade que deberán hacerse cargo de los mismos “por un plazo mínimo de diez días hasta que sean cedidos o, en último caso, sacrificados”. Al amparo de esta norma, los Ayuntamientos estaban obligados a mantener, en los lugares especialmente habilitados al efecto, a los animales recogidos por el plazo (manifiestamente breve) de diez días, tras lo cual, si no habían sido adoptados (“cedidos”, dice la LPAA) podían sacrificarlos³⁷, previo “conocimiento” -cuando se tratase de animales identificados- del propietario (expresión que plantea ciertas dudas pues, como es obvio, conocimiento no equivale a “autorización”, lo que podría dar lugar a que simplemente se diera traslado de dicha medida al propietario sin que fuera preciso esperar a que mostrara su conformidad para poder sacrificar al animal, bastando con que no mostrase su desacuerdo). Asimismo, el art. 28.4 de dicha Ley permite -sin que deban alegar justificación alguna para ello- que los propietarios de animales de compañía puedan entregarlos “sin coste alguno” al servicio de acogimiento de animales abandonados de su municipio “para que se proceda a su cesión a terceros y, en último extremo, a su sacrificio”, previsión criticable por cuanto parece favorecer comportamientos contrarios a la tenencia responsable que trata de fomentar la Ley.

Pues bien, LDBA introduce algunos importantes cambios que afectan a lo previsto en dichos artículos al imponer a los municipios la obligación de “recogida de animales extraviados y abandonados y su alojamiento en un centro de protección animal” (art.22.1). Se prevé que, para ello, deberán de contar con “un servicio de urgencia para la recogida y atención veterinaria disponible “las veinticuatro horas del día” que podrá ser gestionado por los propios servicios del Ayuntamiento o mediante cualquier fórmula de gestión indirecta (este es el sentido en el que debe de entenderse la referencia a las “entidades privadas” que utiliza el artículo) y “sin perjuicio de que, siempre que sea posible, se realice en colaboración con entidades de protección animal” (sin que, como es obvio, ello pueda implicar una dejación de las obligaciones que corresponde a los Ayuntamientos que no pueden descargar su responsabilidad en éstas³⁸). Junto a los animales extraviados y abandonados, y en

³⁶ En el mismo sentido, el art. 32 de esta Ley atribuye a los Ayuntamientos, entre otras, las funciones de a) Recoger, donar o sacrificar a los animales abandonados, perdidos o entregados por su dueño; y c) Albergar a estos animales durante los periodos de tiempo señalados en la misma.

³⁷ Lo que, tal y como demuestra la experiencia, solía ser, al menos hasta ahora, la práctica habitual.

³⁸ Así lo subraya LDBA en su Preámbulo: “Los capítulos VII y VIII establecen sendas obligaciones para las administraciones territoriales, de contar (...) con Centros Públicos de Protección Animal, propios o concertados, de forma que los propios Ayuntamientos se involucren en la protección animal y no hagan recaer exclusivamente dicha labor en entidades privadas y sin ánimo de lucro.

ausencia de otra previsión en la legislación autonómica, el apartado cuarto de este artículo atribuye a la Administración local (y subsidiariamente a la autonómica) la gestión y cuidado de los animales desamparados³⁹ o de aquéllos otros “cuyos titulares no puedan atenderlos debido a situaciones de vulnerabilidad, sin perjuicio de que puedan contar con la colaboración de entidades de protección animal debidamente registradas”. El párrafo segundo de este art. 22.1 permite que “esta responsabilidad” pueda derivarse “a las agrupaciones de municipios o, en su caso, a las diputaciones provinciales y forales, cabildos y consejos insulares o a las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla”.

De este apartado resulta, entonces, que los Ayuntamientos están obligados a ocuparse de la recogida y alojamiento en un centro de protección animal de los animales extraviados, abandonados o desamparados debiendo contar para ello con un servicio de urgencia disponible las 24 horas. Esta gestión podrá desempeñarse mediante fórmulas de gestión directa o indirecta y puede derivarse -que en los casos en que se trate de Ayuntamientos pequeños que no dispongan de medios para ello- en agrupaciones de municipios o diputaciones provinciales o, incluso, en las Comunidades autónomas.

La principal novedad es que se impone el alojamiento de los animales en un centro de protección sin fijación de plazo, por lo que no será posible su sacrificio “salvo por motivos de seguridad de las personas o animales o de existencia de riesgo para la salud pública debidamente justificado por la autoridad competente”. De este modo la Ley atiende a una de las reclamaciones más demandadas por diversas organizaciones de protección animal cual es la prohibición del sacrificio (o “sacrificio cero”) “en los centros de protección animal ya sean públicos o privados, clínicas veterinarias y núcleos zoológicos en general por cuestiones económicas, de sobrepoblación, carencia de plazas, imposibilidad de hallar adoptante en un plazo determinado, abandono del responsable legal, vejez, enfermedad o lesión con posibilidad de tratamiento, ya sea paliativo o curativo, por problemas de comportamiento que puedan ser reconducidos, así como por cualquier otra causa asimilable a las anteriormente citadas”, haciendo general una medida ya prevista en algunas Comunidades autónomas -como Madrid, Cataluña, Galicia y Murcia- a todo el territorio español. Previendo las dificultades que disponer de un centro de protección animal propio puede suponer para ciertos municipios, el apartado tercero del art. 22 prevé que se “podrán suscribir convenios de colaboración con centros mancomunados pertenecientes a otras administraciones o contratados (...). En tal caso, se dispondrá de una instalación temporal municipal para albergar a los animales hasta su recogida

³⁹ Art. 3 apartado f).

da por el servicio correspondiente, que reúna los requisitos de espacio, seguridad y condiciones para el bienestar de los animales alojados”.

En relación con el contenido de este artículo pueden comentarse varios aspectos:

- En primer lugar, se considera excesiva la imposición de “un servicio de urgencia para la recogida y atención veterinaria disponible las 24 horas del día”, obligación cuyo cumplimiento supone un elevado coste a los Ayuntamientos y que llevó a varios grupos parlamentarios a proponer su supresión⁴⁰.

- En segundo lugar, es criticable que el apartado tercero de este artículo imponga –para el caso de poblaciones que no dispongan de medios propios para el ejercicio de esta competencia, que podrán suscribir los correspondientes convenios de colaboración- que cuenten con una “instalación temporal” por cuanto dicha previsión no resulta coherente con la capacidad real de esos municipios⁴¹, además de obviar que es posible que régimen de gestión que puedan tener conveniado con otros centros puede incluir la recogida 24 horas.

- En tercer lugar, si bien resulta loable (y, sin duda, bienintencionada), la prohibición de sacrificio cero está ocasionando otros problemas que se están manifestando en ciertos núcleos poblacionales por cuanto como quiera que en los centros de protección tienen prohibido llevar a cabo el sacrificio de ningún individuo, lo que se está haciendo es, simplemente, no admitir ninguno más por encima de su capacidad, con lo que el número de animales quedan abandonados y desatendidos no deja de crecer⁴², con la consecuencia de que esta previsión–ideal, en teoría- está produciendo un efecto justamente contrario al perseguido por la LDBA.

- En cuarto lugar, llama la atención que la LDBA no contenga mención alguna a la prohibición –que en cambio sí aparece en la LPAA (art. 29.4)- de que los animales abandonados sean cedidos para ser utilizados en experimentación. Acaso esta omisión se deba al deseo de evitar una contradicción con lo previsto en el art. 23 del Real Decreto 32/2007, de 7 de noviembre, Real Decreto 53/2013, de 1 de febrero, por el que se establecen las normas básicas aplicables para la protección de los animales utilizados en experimentación y otros fines científicos, incluyendo la docencia, en el que excepcionalmente se permite que el órgano competente pueda autorizar el uso

⁴⁰ Así lo hicieron el Grupo parlamentario popular (enmienda 452) y el Grupo Parlamentario vasco (enmienda 238). Asimismo –y por los mismos motivos- este último Grupo propuso la supresión de la obligación de que los centros públicos de protección animal cuenten con un servicio de animales con plena disponibilidad horaria (art. 23 apartado I).

⁴¹ Enmienda núm. 455 del Grupo parlamentario popular.

⁴² Según datos proporcionados por Affinity, en 2022 los centros de acogida recogieron 288,457 animales; teniendo en cuenta que «el 70% de los animales que llegan a los centros de acogida no están identificados, y que están en promedio entre tres y seis meses, el gasto económico para los Ayuntamientos es muy grande».

de animales asilvestrados y vagabundos de especies domésticas para la experimentación siempre que concurren los siguientes requisitos: a) que exista una necesidad esencial de realizar estudios relacionados con la salud y bienestar de estos animales o con amenazas graves para el medio ambiente o para la salud humana o animal, y b) que se justifique científicamente que la finalidad del procedimiento únicamente puede conseguirse con los mismos.

Dicho esto, en mi opinión, lo adecuado hubiera sido incluir en la LDBA esta prohibición con carácter general, con la previsión de que concurriendo las circunstancias excepcionales previstas en el RD citado, se pueda autorizar su uso, (sentido en el que también debe de interpretarse la previsión de la Ley andaluza).

- Finaliza este artículo encomendando a las entidades locales utilizar medios de control poblacional “no letal” de la fauna urbana que garantice, en todo caso, los derechos de los animales. Esta disposición ha provocado cierto revuelo por cuanto se ha razonado que como quiera que por fauna urbana, según el apartado t) del artículo 3 de la LDBA, se entiende “todo animal vertebrado que pertenece a una especie sinantrópica que, sin tener propietario o responsable conocido, vive compartiendo territorio con las personas, en los núcleos urbanos de ciudades y pueblos” y dentro de tal concepto se incluyen roedores (ratones, ratas), o palomas, ello conduciría a que, su amparo, no cabría su exterminio. Sin embargo, esta conclusión no es correcta por cuanto que el artículo se limita a priorizar (“antepondrán” se dice en el mismo) los medios de control no letal sin imponerlos, por lo que, de ser necesario, podrán utilizarse.

Por último, debe incidirse en que para la LDBA el abandono de un animal constituye infracción grave, en general, o muy grave si llega a producirse la muerte del animal, siendo las consecuencias previstas en para estos casos mucho más estrictas que las recogidas en la LPAA, tanto en lo relativo al importe de la multa⁴³ como en las medidas accesorias que pueden acordarse⁴⁴.

4. Obligaciones de los propietarios en relación con los excrementos y orina depositados por sus animales en la vía pública

⁴³ En efecto, aunque en la LPAA el abandono se considera como infracción muy grave en todo caso. No obstante, la multa por estas infracciones prevista en la Ley andaluza oscila entre los 2.001 a 30.000 mientras que en la LDBA esta horquilla oscila entre el mínimo de 10.0001 a 50.000 (en caso de infracción grave) o 50.001 a 200.000 euros (en caso de infracción muy grave).

⁴⁴ Así, por ejemplo, en la Ley estatal se prevé, con acierto en mi opinión, la posibilidad de que se proceda a la clausura definitiva de los locales o establecimientos donde se lleve a cabo la actividad ilícita (en la LPAA sólo se contempla la clausura temporal por un periodo máximo de dos años en el caso de infracciones muy graves); o la inhabilitación para la tenencia o el ejercicio de actividades relacionadas con animales por un periodo que puede llegar hasta diez años en el caso de infracciones graves (supuesto para el que la LPAA contempla un máximo de dos años -por lo que al ejercicio de actividades comerciales se refiere- y cuatro para la tenencia).

Una de las cuestiones con las que los regidores municipales deben de enfrentarse diariamente es la relativa a la falta de civismo de algunos propietarios de perros que obvian el deber de limpiar los restos que sus animales dejan en la vía pública cuando circulan por ella. Aun cuando pueda parecer una cuestión de menor importancia, -y al margen de los problemas de salubridad o, incluso, de seguridad⁴⁵ que ello plantea es indudable el notable impacto que la presencia de estos residuos en las calles tiene en la buena imagen de las ciudades y en el mantenimiento de su mobiliario urbano. A la vista de ello, a la obligación de limpiar las heces -prevista en la casi totalidad de las ordenanzas municipales- la LDBA añade la de diluir la orina, si bien la limita a las depositadas “en lugares de paso habitual de otras personas como fachadas, puertas o entradas a establecimientos”, previendo, además, que deberá realizarse con “productos biodegradables”.

Si bien en los últimos años se ha producido un notable avance en el comportamiento de los ciudadanos, aún dista mucho de haberse alcanzado un punto ideal. Como quiera que aún subsiste un alto grado de incumplimiento, un instrumento que se ha revelado como muy útil es la elaboración de un censo de animales de compañía en el que conste su ADN, lo que puede conseguirse fácilmente con una muestra de sangre o de saliva tomada por veterinario que se vincula al chip del animal, quedando finalmente registrado el genotipo en el censo municipal. Esta medida, además de ser eficaz para encontrar al dueño del can en caso de hurto o extravío, permitiría sancionarlo si se hallasen excrementos del mismo en la vía pública. Con notable implantación en municipios catalanes y valencianos, está ya prevista en las ordenanzas de algunas ciudades andaluzas como Málaga⁴⁶, que ha sido primera capital de provincia en España⁴⁷ que ha optado por este novedoso sistema. Por lo demás, ninguna objeción cabe hacer su asunción por parte de las entidades locales a las que, recuérdese, corresponde mantener en adecuado estado de conservación y limpieza las vías públicas asegurando que se encuentran libres de obstáculos y residuos que permitan a los ciudadanos transitar por ellas en

⁴⁵ En este sentido, se han producido reclamaciones de responsabilidad patrimonial a los Ayuntamientos por los daños sufridos por peatones que han resbalado tras pisar excrementos de perros depositados en la vía pública (dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía 575/2017, o 442/2016). Lo habitual es que tales reclamaciones sean desestimadas con el argumento de que “es imposible que la Administración esté pendiente de todos y cada uno de los animales de compañía, asumiendo así la responsabilidad de sus dueños, para evitar que los excrementos de estos permanezcan en la calzada el tiempo suficiente para provocar alguna caída” (dictamen 575/2017, entre otros)

⁴⁶ En concreto, se trata de la Ordenanza de bienestar, protección y tenencia responsable de animales, cuyo texto está disponible en el siguiente enlace: <https://medioambiente.malaga.eu/export/sites/medioambiente/galleries/Legislacion/Animales/Animales-de-compania/02-Ordenanza-Municipal-Reguladora-de-Bienestar-Proteccion-y-Tenencia-Responsable-de-Animales-B.O.P.-12-de-abril-de-2017.pdf>

⁴⁷ En Andalucía, además de Málaga, contemplan esta medida las Ordenanzas de Maracena (Granada); Aracena y Bonares (Huelva) y Benalmádena y Rincón de la Victoria (Málaga).

adecuadas condiciones de seguridad⁴⁸. El principal problema que puede plantear su implantación es el recelo de los propietarios a realizar el desembolso que costee la toma del ADN. En las ciudades en las que ya se utiliza este escollo se ha salvado mediante la realización de convenios con los Colegios de veterinarios lo que permite ofrecer precios muy competitivos para su práctica, revelando, además, el valor de estos profesionales como intermediarios en la necesaria labor de información a los ciudadanos.

5. Acceso de animales de compañía a establecimientos de hostelería y restauración; edificios y dependencias públicas o destinados a la atención de personas sin hogar o en riesgo de exclusión social y otros espacios públicos

A) Acceso a establecimientos de hostelería y restauración

Por lo que se refiere a bares, cafeterías, restaurantes y demás establecimientos donde se consuman bebidas y comidas, la regla general es la de facilitar el acceso (“podrán facilitar la entrada de animales de compañía” dice el art. 29.2) siempre y cuando ello “no constituya un riesgo para las personas, otros animales y se limite a zonas que no estén destinadas a la elaboración, almacenamiento o manipulación de alimentos” y “sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa sobre salud pública, las ordenanzas municipales o normativa específica”.

Esta última previsión obliga a tener en cuenta lo dispuesto en el Real Decreto 1021/2022, de 13 de diciembre por el que se regulan determinados requisitos en materia de higiene de la producción y comercialización de los productos alimenticios en establecimientos de comercio al por menor (norma básica de obligada observancia en todo el territorio español). De su lectura conjunta⁴⁹ resulta que deben distinguirse dos supuestos según se trate de la zona de manipulación y preparación de alimentos (cocinas de bares y restaurantes; hornos de obradores; lugar de preparación y manipulación carnes, pescados u otros alimentos, supermercados, mercados, comercios de alimentación, etc.) en la que el acceso con animales estará prohibida; o del acceso a las terrazas, comedores o zona de barra de cafeterías, restaurantes, en las que se deja libertad al operador para decidir –por tanto, sin necesidad de autorización administrativa previa, como exige alguna

⁴⁸ El art. 92.2, párrafos e) y f), del Estatuto de Autonomía para Andalucía, señala como competencias propias de los Ayuntamientos “la conservación de vías públicas urbanas y rurales” y “la ordenación de la movilidad y accesibilidad de personas y vehículos en las vías urbanas”.

⁴⁹ En particular, *vid.* los arts. 14 y 15 de dicho Real Decreto.

ordenanza⁵⁰ - siempre que se cumplan los siguientes requisitos⁵¹: a) que se informe a los dueños o responsables de los requisitos de acceso; b) que permanezcan sujetos con una correa o trasportín o controlados por otros medios; y c) que presenten un comportamiento y estado de higiene adecuado sin signos evidentes de enfermedad como diarrea, vómitos, presencia de parásitos externos, secreciones anormales o heridas abiertas. Asimismo, prevé dicho artículo que “se evitará que los animales entren en contacto con el equipo y útiles del local, con el personal del establecimiento, así como con las superficies de las mesas y de la barra” y que en caso de contacto “se limpiarán y desinfectarán las zonas afectadas con los materiales adecuados”. Finalmente, se permite que se les de comer o beber utilizando, en todo caso, útiles expresamente diseñados para la alimentación de animales.

En definitiva, dependerá de la mejor o peor disposición de los propietarios (o empleados) de cada uno de estos establecimientos el facilitar discrecionalmente el acceso a los mismos sin que pueda oponerse, propiamente, un “derecho” a ello salvo que se trate de perros de asistencia (término que debe de entenderse de forma amplia, incluyendo los perros guía y los usados por personas con otro tipo de deficiencias –auditiva, física- o enfermedades –epilepsia, diabetes- etc.) o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad “*en el cumplimiento de sus funciones* y bajo la supervisión de su responsable” en los que dicho acceso no podrá negarse. Resaltamos la parte en cursiva ya que entendemos que esta previsión se refiere, exclusivamente, a los perros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ya que los perros de asistencia se encuentran siempre que acompañan a su propietario “*en el cumplimiento de sus funciones*”.

En cualquier caso, en el caso de que no se admita la entrada y estancia del animal deberá de indicarse mediante un distintivo que lo advierta y que sea visible desde el exterior del establecimiento. Si dicho distintivo no aparece, debe presumirse que la entrada está permitida.

B) Acceso a edificios públicos o para la atención de personas vulnerables

Frente a la prohibición absoluta de algunas ordenanzas⁵², la LDBA (art. 29.3) parte de la regla general de acceso de los animales de compañía a edificios públi-

⁵⁰ El art. 15.1 de la Ordenanza de Málaga parte de la prohibición general la entrada de animales de compañía en los establecimientos dedicados a la hostelería, si bien, permite que los propietarios de hoteles, restaurantes, bares, tabernas y aquellos otros establecimientos públicos en los que se consuman bebidas y comidas, puedan determinar las condiciones específicas de admisión previa autorización administrativa emitida por el órgano competente, supuesto en el que “deberán mostrar un distintivo que lo indique visible desde el exterior del establecimiento”.

⁵¹ Art. 14.2 del Real Decreto 1021/2022.

⁵² Así, por ejemplo, art. 15.3 de la Ordenanza municipal sobre tenencia de animales de compañía y animales potencialmente peligrosos de Málaga.

cos (entendidos como aquéllos en los que se alojen órganos de las Administraciones Públicas y/o se presten servicios a los ciudadanos), de manera que, para que dicho acceso pueda impedirse es preciso que la prohibición esté debidamente señalizada y sea visible desde el exterior, sin que pueda denegarse en otro caso. Corresponde, por tanto, a cada una de las Administraciones públicas regular -dentro del respeto a los derechos, límites y requisitos establecidos en la Ley- las condiciones de entrada de personas con animales de compañía a sus edificios.

La LDBA contiene una disposición novedosa en relación con el acceso de animales de compañía a establecimientos destinados a atender a personas en riesgo de exclusión social, personas sin hogar, víctimas de violencia de género y, en general, cualquier persona en situación vulnerable. Y es que una de las razones más comunes por la que los usuarios de estos centros rehúsan alojarse en los mismos reside en que no se les permite que lo hagan con sus animales de compañía. Consciente de ello el apartado 4º del art. 29 dispone que se facilitará el acceso el acceso de estas personas junto con sus animales de compañía a dichos establecimientos “salvo causa justificada expresamente motivada” para añadir que, en el caso de que el acceso con el animal de compañía no sea posible, de deberán de promover acuerdos con entidades de protección animal o proyectos de acogida de animales.

c) Acceso a otros espacios públicos

Por lo que se refiere al acceso a otros espacios públicos, tanto la LPAA (art 15) como la LDBA subrayan que los Ayuntamientos deberán disponer (“determinarán en todo caso” dice la LDBA) de lugares específicamente habilitados para el paseo y esparcimiento de animales de compañía, particularmente los de la especie canina (los llamados “parques caninos”). Esta previsión -añadida tras la aceptación de la enmienda propuesta por los Grupos parlamentarios plural y republicano⁵³- implica que la habilitación de tales espacios constituye una obligación para los Ayuntamientos que, por tanto, deberán tenerla presente a la hora de elaborar y aprobar los correspondientes instrumentos urbanísticos de su competencia. Añade la LPAA –en una previsión que, por obvia resulta innecesaria- que las Administraciones públicas “cuidarán de que los citados espacios se mantengan en perfectas condiciones de seguridad higiénico-sanitarias”.

Además, esta obligación (que se recoge de modo imperativo) la LDBA prevé que los Ayuntamientos “promoverán” (por tanto, se trata de una simple habilitación

⁵³ Enmiendas núms. 76 y 166 respectivamente (BOCG núm. 117-3, de 28 de noviembre de 2022). En justificación de la misma se argumentó que “La realidad de la presencia y convivencia con animales de compañía en los municipios determina la necesidad de que, sin perjuicio de que los animales puedan acceder y circular por otros espacios públicos, todos los Ayuntamientos indiquen de forma específica lugares expresamente destinados para el libre esparcimiento de los animales de compañía”.

y no una obligación como ocurre en el caso de los parques caninos) “el acceso a las playas, parques y otros espacios públicos de los aquellos animales de compañía que no constituyan riesgo para las personas, otros animales o las cosas”.

6. Acceso con animales de compañía a medios de transporte públicos y privados⁵⁴

Como ocurre con el acceso a los establecimientos públicos, la LDBA prevé que la admisión de animales de compañía en los transportes públicos y privados se facilitará siempre que no constituya un riesgo para las personas, otros animales o cosas, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa sobre sanidad pública, en las ordenanzas municipales o normativa específica.

Con esta previsión la LDBA se limita a recoger una fórmula abierta, sin imponer este acceso (se “facilitará” dice en su art. 29.1), por lo que su efectiva realización -tratándose de transporte de viajeros dentro de un término municipal- dependerá de lo que se decida por cada Ayuntamiento que podrá regular las condiciones de acceso a los medios de transporte público colectivo (p.ej. autobuses; tranvías urbanos) en una Ordenanza elaborada al efecto (que deberá de concretar las condiciones de acceso más allá de las fórmulas genéricas recogidas en la LDBA que no pasan de ser un mero desideratum) o, en su caso -de no existir dicha Ordenanza o de forma complementaria a lo en ella previsto - regular dichas condiciones en los pliegos para la adjudicación del contrato de transporte (por cuanto, normalmente, el servicio se presta mediante fórmulas de gestión indirecta) o en los estatutos de la empresa pública que lo asuma.

En la actualidad, la mayor parte de los Ayuntamientos no regulan las condiciones de acceso de los animales de compañía en los transportes públicos y, cuando lo hacen, es para denegarlo salvo que se trate de perros guía (concepto restringido que dejaría fuera otras categorías como la de los perros “de asistencia”⁵⁵ o los usados por los cuerpos y fuerzas de seguridad). En algunos casos (como ocurre con la

⁵⁴ Entre los trabajos que se ocupan de alguno de los problemas que plantea el transporte de los animales -y que exceden del ámbito del presente estudio- pueden citarse los de ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, El transporte intracomunitario de animales de compañía. Reus, Madrid, 2018; y de la misma autora, “Algunas reflexiones sobre el transporte no comercial por carretera de animales de compañía en territorio español”, en DEL GUAYO CASTIELLA, I.; FERNÁNDEZ CARBALLAL, A., Los desafíos del Derecho público en el siglo XXI. INAP, Madrid, 2019, págs. 745-764.

⁵⁵ Tienen la consideración de perros de asistencia los que auxilian a personas con otra discapacidad distinta de la visual, como puede ser la física (ayudando para abrir puertas, encender interruptores, recoger cosas del suelo...) la auditiva (avisando a sus dueños de distintos sonidos como timbres, teléfonos, u otros cotidianos); asimismo se incluyen en este grupo los llamados perros de “alerta” o “emergencias”, entrenados para asistir a personas que sufren ciertas enfermedades antes de una crisis (diabetes, epilepsia...).

actual Ordenanza de Málaga⁵⁶) se contiene una genérica habilitación (desprovista de eficacia real) permitiendo un acceso condicionado a que “existan espacios especialmente habilitados para ellos” y se acredite “que el animal reúne las condiciones higiénico-sanitarias y cumple las medidas de seguridad que se determinen reglamentariamente”.

Por lo que al taxi se refiere, el art. 29.1 de la LDBA prevé en su párrafo segundo que “no obstante, los conductores (.) del servicio público del taxi o de vehículos de turismo con conductor, facilitarán la entrada de animales de compañía en sus vehículos de manera discrecional, salvo circunstancias debidamente justificadas”.

7. Atención y alojamiento

Uno de los aspectos en los que la LDBA supone un sustancial avance en la protección de los animales de compañía es el relativo a la regulación de su cuidado y las condiciones en las que deben de mantenerse. Partiendo de que la Ley enumera entre las obligaciones específicas respecto de los animales de compañía “mantenerlos integrados en el núcleo familiar, siempre que sea posible por su especie, en buen estado de salud e higiene” (art. 26 a)⁵⁷, una de las que más trascendencia mediática ha tenido que es la que se refiere a la prohibición de dejar sin supervisión a cualquier animal de compañía. Dicho plazo será de tres días consecutivos (en general), si bien, en el caso de los perros no podrá ser superior a veinticuatro horas. Prohíbe asimismo la LDBA mantener habitualmente a perros y gatos en terrazas, balcones, azoteas, trasteros, sótanos, patios y similares o vehículos, obligación cuyo incumplimiento tiene la consideración de infracción grave (art. 74 o); o mantenerlos atados sin supervisión⁵⁸, comportamientos que, al margen de la sanción principal que corresponda, pueden dar lugar a la intervención del animal y su transmisión a un centro de protección animal o al que determine la autoridad competente

⁵⁶ Art. 14 de la Ordenanza de bienestar, protección y tenencia responsable de animales, cuyo texto está disponible en el siguiente enlace: <https://medioambiente.malaga.eu/export/sites/medioambiente/galleries/Legislacion/Animales/Animales-de-compania/02-Ordenanza-Municipal-Reguladora-de-Bienestar-Proteccion-y-Tenencia-Responsable-de-Animales-B.O.P-12-de-abril-de-2017.pdf>

⁵⁷ Como excepción, el apartado b) de este artículo prevé que los animales que, por razones incompatibles con su calidad de vida tamaño o características de su especie, no puedan convivir en el núcleo familiar, deberán disponer de un alojamiento adecuado, con habitáculos acordes a sus dimensiones y que los protejan de las inclemencias del tiempo, en buenas condiciones higiénico-sanitarias de forma que se facilite un ambiente en el que puedan desarrollar las características propias de su especie y raza; en el caso de animales gregarios se les procurará la compañía que precisen.

⁵⁸ En este contexto difícilmente puede justificarse la previsión contenida en el apartado 3 del art. 11 de la LPAA en el que se prevé que los perros que permanezcan atados deban de disponer “de un tiempo no inferior a una hora diaria, durante el cual estarán libre de ataduras y fuera de los habitáculos y habitaciones donde habitualmente permanezcan”

8. Identificación y registro

Una de las cuestiones sobre las que incide la LDBA es la relativa a la identificación (art. 51) y registro (art.54) de animales de compañía. Una y otro ya estaban previstas en todas las normas autonómicas. Por lo que a Andalucía se refiere, su regulación se contiene en los arts. 17 a 19 de la LPAA, desarrollados por el Decreto 92/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la identificación y los registros de determinados animales de compañía en esta comunidad (en adelante, DIR).

La LDBA introduce ahora una regulación más detallada de estas cuestiones introduciendo una serie de novedades a las que aludirá a continuación.

a) Identificación

Pese a que, como acaba de indicarse, es una obligación que se contempla en todas las leyes autonómicas, se trata, también, de una de las que presenta un mayor grado de incumplimiento (de hecho, según los datos de la Real Sociedad Canina de España –RSCE- apenas un 30% de los perros perdidos o abandonados en nuestro país contaban con un chip identificativo)⁵⁹.

Pues bien, a la tradicional identificación obligatoria de perros y gatos (prevista en el art. 17.1. de la LPAA y en los arts. 1 a 7 del DIR) la LDBA añade ahora, de forma obligatoria, a la de los hurones (ya contemplada en el DIR)⁶⁰, por cuanto, como ya se dijo, estos tienen, en todo caso, la consideración de animales de compañía, y la de las aves, manteniéndose la posibilidad –también prevista en Ley andaluza (art. 17.1)- de que, reglamentariamente, se extienda esta obligación a otras especies. El principal problema que plantea esta obligación es que se prevé que el sistema y procedimiento de identificación será distinto para cada especie (art. 51.1), remitiendo la Ley su concreción –como ocurre con otras previsiones de su articulado- a un futuro desarrollo reglamentario que, a la fecha que se redactan estas líneas, aún no ha tenido lugar; por lo demás, y como resulta del apartado segundo del art. 51, debe entenderse que dicho procedimiento singular se refiere al resto de animales de compañía que no sean perros, gatos, hurones o aves, por cuanto que para los tres primeros dicha identificación se hará –como hasta ahora- mediante la

⁵⁹ Este dato figura también en el Preámbulo de la LDBA donde puede leerse que si bien en la actualidad más de trece millones de animales de compañía están identificados y registrados, aún queda mucho por hacer por cuanto, un estudio realizado conjuntamente por el Departamento de Psiquiatría y Medicina Legal de la Universidad de la Universidad Autónoma de Barcelona y la Fundación Affinity constata que “únicamente el 27,7% de los perros que llegan a centros de acogida están identificados con microchip, mientras que en el caso de los gatos se reduce al 4,3 %” lo que “implica que la mayoría de los animales de compañía se encuentran fuera del control oficial (...) con el riesgo que ello supone tanto para su adecuada protección como para la propia seguridad y salud pública y la conservación de la biodiversidad”

⁶⁰ El Decreto andaluz 92/2005, ya contemplaba la identificación de estos animales de forma obligatoria junto con la de perros y gatos (art. 2).

inserción del correspondiente microchip (o “transponder”) o mediante anillado en el caso de las aves. Finalmente, debe de recordarse que una de las novedades de la LDBA es la imposición a los municipios de la obligación de identificar mediante microchip a los “gatos comunitarios” por cuanto, como se dijo, la LDBA impone a estas Administraciones importantes competencias respecto de la gestión de las colonias felinas.

Distingue además la LDBA entre una identificación “inicial” –que sólo podrá hacerse a nombre de una persona criadora registrada, entidad de protección animal o Administración pública- y una posterior en caso de que el animal se transmita a otras personas físicas o jurídicas, si bien como se ha puesto de manifiesto por la Confederación empresarial veterinaria española (CEVE) el problema es que los registros de entidades y criadores a los que hace referencia la LDBA (art. 10.6 e) aún no han sido creados, por lo que su aplicación queda en suspenso hasta el momento en que ésta se materialice.

b) Registro

Además del Registro municipal de animales de compañía (previsto en el art.18 de la LPAA y 8 y 9 del DIR); el Registro central de animales de compañía (contemplado en el art. 19 LPAA y 10 del DIR) y el Registro de criadores de animales de compañía al que antes se aludió, la LDBA contempla el Registro de entidades de protección animal (art. 10.6 a); de profesionales de comportamiento animal (art. 10.6 b); de animales de compañía (art. 10.6 c) y de núcleos zoológicos de animales de compañía (art. 10.6 d). La información contenida en ellos se coordinará a través del Sistema central de registros para la protección animal cuyo objetivo, además de la coordinación entre los diferentes registros dependientes de las comunidades autónomas (art. 9.1), es servir de apoyo a las diferentes Administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias en materia de protección y derechos de los animales (art. 10).

Por lo que a los municipios se refiere –y como se apuntaba al inicio de este trabajo- el artículo 19.14 b) de la LAULA, enumera entre sus competencias “la gestión y disciplina en materia de animales de compañía y animales potencialmente peligrosos, y la gestión de su registro municipal”. Será precisamente en el registro del Ayuntamiento donde habitualmente viva el animal donde deberán ser inscritos los perros y gatos “así como otros animales que se determinen reglamentariamente” en el plazo máximo de tres meses desde la fecha de su nacimiento o en el de un mes desde su adquisición o cambio de residencia. Asimismo, deberá comunicarse la cancelación de la inscripción en el plazo de un mes desde el fallecimiento del animal, o desde que tuvo lugar su pérdida o transmisión. Los datos de todos los

registros municipales se volcarán en el Registro central de animales de compañía al que los Ayuntamientos deberán de comunicar de forma periódica y, como mínimo cada seis meses, las altas y bajas de los animales inscritos en el registro municipal. Para facilitar la realización de los censos y registros se prevé la posibilidad de realizar convenios con los colegios de veterinarios.

IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

El papel de las entidades locales en la protección de los animales de compañía se ha producido desde las primeras normas conocidas en la materia. Tras la promulgación de la LDBA este papel se intensifica con la imposición de nuevas obligaciones (p.ej. en relación con las colonias felinas o la protección de animales en caso de catástrofes o calamidades públicas) y la reformulación o intensificación de otras tradicionales (p.ej., competencias sobre animales abandonados o perdidos, sobre el registro municipal de animales de compañía; control de apertura de centros veterinarios; vigilancia, control y comprobación de denuncias, etc.)

Si bien la Ley responde a un loable propósito unificador y de seguridad jurídica, presenta, a mi juicio, algunas deficiencias que podrían haberse evitado si en su tramitación no se hubiera prescindido de los informes de los órganos consultivos y con el consenso de alguno de los principales sectores profesionales implicados entre los que destacan, en particular, el de los veterinarios.

El carácter básico de la LDBA entre cuyos objetivos figuran –tal y como consta en su Preámbulo– unificar y armonizar definiciones existentes en las actuales normativas vigentes “para una mejor aplicación atendiendo a los principios de eficacia y seguridad jurídica” obligará, en algunos casos, a los municipios a adaptar sus ordenanzas y, en otros a promulgar las correspondientes normas de desarrollo estatales o autonómicas.

En definitiva, puede afirmarse que serán precisamente las entidades locales las encargadas de velar por el cumplimiento de la mayor parte de las obligaciones que consagra la Ley jugando un destacadísimo papel en el control de la identificación de los animales; el funcionamiento de centros veterinarios; las labores de concienciación y educación ciudadana, la garantía del buen trato a los animales o la prevención y sanción de ciertas conductas entre otras muchas.

Sin embargo, y como se ha constatado, la cuestión es que, como tantas otras veces ha ocurrido en este ámbito, la imposición de estas obligaciones no viene acompañada con la previsión en la Ley de una adecuada financiación. Como es evidente, para que los entes locales puedan acatar con solvencia estas nuevas obligaciones

deberán disponer de los adecuados medios personales y materiales, lo que supondrá un verdadero problema, sobre todo, para los municipios más pequeños, al verse se obligados a consignar para ello importantes cantidades de dinero de sus ya, por lo común, exiguos presupuestos.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALMONACID LAMELAS, V., En “Incidencia de la nueva Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales en las competencias de las entidades locales”, El Consultor de los Ayuntamientos, 30 de marzo de 2023 (ref. La Ley 2891/2023).

ALONSO GARCÍA, E., “El bienestar de los animales como seres sensibles sintientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español”, La Ley núm. 1120 (2011) págs.1-50.

ARANA MUÑOZ, E., “Animales de compañía y Administración local” en ESTEVE PARDO, J. (coord.), Derecho del Medio Ambiente y Administración Local. Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid 2006. págs. 727-754.

BARCELONA LLOP, J., “Las competencias de los municipios en materia de protección civil”, Anuario Aragonés del Gobierno Local núm. 9 (2018), págs. 247-303.

BRELS, S., (2012) “El bienestar de los animales: un nuevo principio general y constitucional de Derecho comunitario. Sentencia Jippes, TJCE, 2001”, Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies, 2012, Vol. 3, n.º 2, pág. 1-7, accesible en el siguiente enlace: <https://raco.cat/index.php/da/article/view/349599>.

CASADO CASADO, L., “La tutela del bienestar animal en el ordenamiento jurídico-administrativo en España. Especial referencia a los animales de compañía” en Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, vol. 11, núm. 2, págs. 48-102 (maio/ago. 2020), accesible en el siguiente enlace: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v11i2.27708).

FUENTES i GASÓ, J.R y EXPÓSITO LÓPEZ, O., “El régimen jurídico de protección de las colonias felinas y los entes locales”, RAAP núm. 113 (2022), págs. 47-74.

GONZÁLEZ NAVARRO, F., Derecho administrativo español (Vol. II). Eunsa, Navarra, 1987.

LÓPEZ RAMÓN, F., La protección de la fauna en el Derecho español. Ediciones del Instituto García Oviedo, núm. 48, Sevilla 1980.

MEDINA MARTÍN, E.M., “Regulación jurídica de las políticas públicas de protección, bienestar o “derechos” de los animales: de la instauración del bienestar animal como política pública por la Unión Europea en 1974 a la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, 81/2020, de 15 de julio, sobre el papel del derecho privado y el derecho público y las respectivas competencias del Estado y las comunidades autónomas”, Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinarios de Bienestar Animal núm. 6 (2020), págs. 1-101.

MUÑOZ MACHADO, S., “Los animales y el Derecho”, en MUÑOZ MACHADO, S. et al., *Los animales y el Derecho*. Civitas, Madrid 1999, págs. 135-162.

PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a, “El bienestar como una faceta distinta y propia en la configuración legal de la protección animal”. *ANAPORC. Revista de la Asociación de Porcinocultura Científica*, vol. 1, núm. 4 (2004), págs. 44-50.

PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a, “Hacia un concepto real de animal de compañía”, *Animalia* núm. 127 (2001), págs. 42-48.

PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a, *Animales de compañía. Régimen jurídico en el Derecho administrativo*. Bosch, Barcelona, 2005.

PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a, *Animales potencialmente peligrosos. Su régimen jurídico*. Bosch, Barcelona, 2006.

PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a, “El bienestar animal como una nueva concepción de la protección”, en *Animalia: revista profesional de los animales de compañía* núm. 189 (2006), págs. 56-60.

RADFORD, M., *Animal Welfare Law in Britain. Regulation and Responsibility*. Oxford University Press, 2001.

RIECHMANN, J., en “La dimensión jurídica: ¿derechos para los animales?”, en MOSTERÍN, J. y RIECHMANN, J., *Animales y ciudadanos*. Talasa, Madrid, 1995, págs. 190-203.

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, M.^a L., *El transporte intracomunitario de animales de compañía*. Reus, Madrid, 2018.

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, M.^a-L., “Algunas reflexiones sobre el transporte no comercial por carretera de animales de compañía en territorio español”, en DEL GUAYO CASTIELLA, I.; FERNÁNDEZ CARBALLAL, A., *Los desafíos del Derecho público en el siglo XXI*. INAP, Madrid, 2019, págs. 745-764.

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, M.^a L., “Animales potencialmente peligrosos. Algunas consideraciones sobre su régimen jurídico administrativo”, *RArAP* núm. 39-40 (2012), págs. 211-267.

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, M.^a L., “Legislación y bienestar animal”, *CEF Legal. Revista práctica de Derecho* núm. 60 (enero 2006), págs. 55-86.

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, M.^a L., en “Los animales domésticos y el Derecho: en particular, el régimen jurídico de los animales de compañía”, en *Panorama jurídico de las Administraciones públicas en el siglo XXI*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, INAP, 2002, págs. 1207-1240.

RECENSIONES



“Mecanismos para la ampliación del parque público de vivienda. El impacto de la Ley estatal por el derecho a la vivienda”, de Berta Bastús Ruiz, Editorial Atelier Libros Jurídicos, año 2023. ISBN: 9788419773159, 358pp.

Ve la luz el libro “Mecanismos para la ampliación del parque público de vivienda. El impacto de la Ley estatal por el derecho a la vivienda”, objeto de la presente reseña, publicado por la editorial Atelier Libros Jurídicos en el año 2023. La autora de esta publicación es Berta BASTÚS RUIZ, doctora por la Universidad de Barcelona, con la máxima calificación académica (excelente cum laude). BASTÚS, cursó el Grado de Derecho y el Máster de Acceso a la Abogacía en la misma Universidad, con la máxima calificación académica. Con una beca APIF (Ayuda al Personal investigador en Formación) de la Universidad de Barcelona, se incorporó al área de derecho administrativo para impartir sus clases como profesora mientras elaboraba su tesis doctoral y publicaba varios artículos sobre el derecho a la vivienda en revistas vinculadas al derecho administrativo y al derecho urbanístico. Actualmente forma parte de la Asociación Española de Derecho Urbanístico (AEDUR) y del Centre d’Innovació i Gestió de les Administracions Públiques (CIGAP).

El libro de BASTÚS es la más lograda exposición de la situación actual del derecho a la vivienda y, además, está adaptado a la reciente Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, primera ley estatal sobre vivienda en la época de la democracia.

El objetivo de la obra es determinar si la reserva del suelo en suelo urbano consolidado, medida aprobada en Cataluña, constituye una medida adecuada para incrementar el parque público de la vivienda y, en caso negativo, arrojar luz sobre posibles soluciones a adoptar en base a la evolución del derecho a la vivienda en nuestro país y en los países de la Unión Europea.

La obra está compuesta por 3 temas claramente diferenciados pero muy vinculados entre sí. La autora inicia el libro haciendo referencia al origen del problema del derecho a la vivienda, seguidamente analiza las medidas para incrementar el parque público de vivienda en Cataluña, valora los mecanismos administrativos alternativos para incrementar el parque público de vivienda y concluye con la necesidad de configurar una política de actuación global para incrementar el parque público de vivienda con la colaboración público-privada como elemento central.

Así pues, el Capítulo I examina el origen del problema del derecho a la vivienda, realiza un examen minucioso sobre el marco jurídico internacional, estatal y autonómico. Por otro lado, muestra una fotografía de los parques públicos de vivienda

y analiza el régimen jurídico de la vivienda de protección oficial (en adelante, VPO) estatal y catalán. Por su parte, el Capítulo II se centra en el análisis sobre la adecuación de la reserva de suelo urbano consolidado como medida prevista para incrementar el parque público de vivienda y hace especial énfasis en la reserva del suelo como mecanismo urbanístico para la construcción de VPO, el establecimiento de reservas de suelo para la construcción de VPO en suelo urbano consolidado y expone los argumentos a favor y en contra de este tipo de reserva para la construcción de vivienda social o asequible. Finalmente, el Capítulo III valora la colaboración público-privada como fórmula alternativa para incrementar el parque público de vivienda y, en concreto, fórmulas como el contrato de concesión, la sociedad de economía mixta y la covivienda (cohousing).

Nos encontramos, por tanto, ante una obra que se caracteriza por tener una idea clara, por transmitir el pensamiento crítico de su autora y por abordar un tema tan complejo como es el derecho fundamental a una vivienda digna y adecuada. Los lectores de esta excelente obra se percatarán de la necesidad que tiene la Administración Pública de configurar un escenario que resulte atractivo y beneficioso, centrado en la colaboración público – privada.

En definitiva, el libro “Mecanismos para la ampliación del parque público de vivienda. El impacto de la Ley estatal por el derecho a la vivienda” sienta las bases de lo que debe de ser el derecho a la vivienda en el Estado Social y de la implicación que deben tener los poderes públicos en la sociedad actual. A partir de ahora podemos decir que es una de las mejores exposiciones –a mi juicio la mejor– de la dudosa regulación del derecho a la vivienda. Como ha remarcado el maestro Joan Manuel Trayter en el prólogo del libro, marcará un referente, un antes y un después, del derecho a la vivienda.

Gemma Busquets Arnau

Abogada especialista en Derecho Administrativo

Los derechos en broma. La moralización de la política en las democracias liberales. DE LORA DEL TORO, PABLO, Ediciones Deusto, Barcelona, 2023, ISBN 9788423436101, 256 págs.

Pablo de Lora es Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid. Ha desarrollado diversas líneas de investigación, como la interpretación constitucional y la tensión entre la justicia constitucional y la democracia, los derechos humanos, los desafíos éticos y jurídicos que plantea la biomedicina o la cuestión de los derechos de los animales. En los últimos años, se ha convertido además en una persona conocida fuera del ámbito estrictamente universitario. Por una parte, por dos libros que abordan una materia sobre la que planea como sobre ninguna otra lo políticamente correcto y la cultura de la cancelación: la aproximación del Derecho a la cuestión del sexo o género [*Lo sexual es político (y jurídico)*, 2019, y *El laberinto del género*, 2021, ambos en Alianza Editorial], que le ocasionó, por cierto, a finales de 2019, un boicot previo a una exposición pública en unas jornadas filosóficas sobre transexualidad en la Universidad Pompeu Fabra. Por otra parte, y en gran medida derivado de la repercusión de estos trabajos, por su colaboración habitual en prensa en el diario *The Objective* y en programas radiofónicos.

Puede decirse que todas las líneas de investigación antes mencionadas convergen en este nuevo trabajo que juega con el título del célebre libro de R. Dworkin *Los derechos en serio* (*Taking rights seriously*). Se trata, por así decirlo, de un libro que interesa a cualquier jurista y que no se queda en principios abstractos, sino que desciende a la realidad de nuestra más reciente legislación, para ofrecernos un panorama crítico de dónde estamos y hacia dónde vamos. Como reza a modo de subtítulo en su contraportada, esta obra es una “crítica a la ostentación moral del legislador que concibe la sociedad como un parvulario”

El autor parte en su introducción de esa idea: la ley se ha pervertido, convirtiendo las exposiciones de motivos en manifiestos de propaganda política que presentan a unos ciudadanos concebidos como sujetos pasivos acrílicos una retórica emocional y partidista, que después se plasma en un articulado que es más la plasmación de una moral maniquea y frentista, leyes que califica de “leyes santimonia” y que se enmarcan en una evolución hacia el Estado “parvulario”, “dramático” o “satisfyer”. El autor pone ejemplos de este tipo de exposiciones de motivos. Unas directamente incluyen una crítica a la oposición, como la Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril, de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal (“con la crisis como oportunidad, desde la llegada al Gobierno del Partido Popular en diciembre de 2011, se inició un proceso constante y sistemático de desmantelamiento de las libertades y

especialmente de aquellas que afectan a la manifestación pública del desacuerdo con las políticas económicas del Gobierno...). Otras dan la versión oficial de la propia Historia, como la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática (en sus largas catorce páginas); de Exposición de Motivos, otras incorporan elementos mitológicos, como ha ocurrido en tantos Estatutos de Autonomía de segunda generación; otras parecen más bien un ejercicio literario...

Como expone en un capítulo titulado “Las razones de la ley”, se llega así a una crisis del propio concepto de ley, con una inflación normativa fuera de cualquier medida (el autor da el dato de que entre 1979 y 2021, se aprobaron en España unas 400.000 normas, esto es 12.000 al año); con un abuso del decreto-ley bendecido por el Tribunal Constitucional (así, pone por testigo del vaciamiento del requisito de la extraordinaria y urgente necesidad que hay decretos-leyes previstos incluso en los planes anuales normativos, otros cuya publicación se ha demorado más de dos semanas, otros con una *vacatio legis* de ocho meses, alguno que incluyó en ese presupuesto el traslado de los restos de Francisco Franco, fallecido casi cincuenta años antes...); con la eclosión del llamado *soft law*... Si nos centramos en las leyes, observamos cómo la idea de la ley como expresión de la voluntad general y establecimiento de derechos y deberes con pretensión de coherencia, abstracción y generalidad ha trocado en lo que el profesor P. de Lora llama, como dijimos, “leyes santimonia”, que tienen, ante todo, una vocación de alardeo moral, suelen calificarse de “integrales” y aluden siempre al principio de igualdad y no discriminación (incluso, ejemplifica el autor, en temas como el abordado por la Ley 7/2021, de cambio climático y transición energética). En otros casos, contiene prescripciones superfluas, como la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2022, cuando “autoriza al Gobierno a impulsar” una ley para la creación de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial, como si esa no fuera en todo caso una competencia constitucional y legal del Gobierno. Además, en materia criminal, generan un “derecho penal del enemigo” y un “derecho penal del amigo” que nos retrotrae a etapas oscuras en Europa y en España. El “derecho penal del enemigo”, con una vaguedad en los tipos que va en contra de las exigencias de tipicidad conforme a las cuales toda restricción a la libertad ha de ser cierta y previsible, y que evoca en el pasado al Decreto de 7 de mayo de 1937 del Gobierno republicano en el que por ejemplo se sancionaba la “conducta que, sin ser constitutiva de delito, demuestre, por sus antecedentes y móviles, que quien la practica es persona desafecta al régimen”; sobre el segundo, expone cómo tras la guerra civil, la Ley de 23 de septiembre de 1939 consideró no delictivos determinados hechos de actuación político social cometidos desde el 14 de abril de 1931 hasta el 18 de julio de 1936 cometidos por “personas respecto de las que conste de modo cierto su ideología coincidente con el Movimiento Nacional y siempre de aquellos hechos que por su motivación político-social pudie-

ran estimarse como protesta contra el sentido antipatriótico de las organizaciones y gobierno que con su conducta justificaron el Alzamiento”.

Estas leyes son, para el autor, el producto de un “Estado parvulario”, idea que desarrolla en el capítulo denominado “Anatomía de un Estado parvulario: la burocracia del consuelo”. Este fenómeno no es exclusivo de nuestro país (baste pensar en los constituyentes chilenos disfrazados de dinosaurio azul o de Pikachu), pero, si miramos hacia adentro, podemos encontrar ejemplos, que muestra el autor, como el Consejo estatal de participación de la infancia y la adolescencia, creado, reunido y publicitado a finales de 2021, y sin actividad ni nueva convocatoria; o la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y su “modelo social de la discapacidad”; o la Ley 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y su “modelo de educación inclusiva”; o la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. Son leyes que, a su juicio, establecen una “burocracia del consuelo” que genera en la práctica grandes problemas de gestión, pues confunden el deseo y la realidad. Y que, incluso, ocasionan una intromisión en la exclusividad judicial para juzgar los delitos y en el principio de presunción de inocencia, como ocurre con lo previsto en el artículo 37 de la Ley Orgánica 10/2022, de garantía de la libertad sexual, que permite la acreditación de situaciones de violencias sexuales mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados en igualdad y contra la violencia de género, de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencias sexuales de la Administración Pública competente o de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

El capítulo dedicado a “El derecho y los derechos: un universo inflacionario” advierte cómo los derechos se asocian a la dignidad humana, pero el legislador español contemporáneo los ha extendido a los animales y a las cosas. Así, ha reconocido los derechos de los animales, en la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, que los caracteriza como seres sintientes, o en la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, que, contradictoriamente, siendo todos ellos sintientes, distingue entre diversos grados de protección. Aquí el trabajo bebe de sus reconocidos conocimientos sobre la materia, acreditados en otros trabajos anteriores y que proyecta a la nueva normativa. Pero el Legislador español también ha reconocido derechos a las cosas, como ejemplifica la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca. El profesor P. de Lora apunta que esta expansión de los derechos, a través de la protección de animales y

cosas en clave de derechos, lleva aparejada su sustracción del debate público y la multiplicación de conflictos.

Lo antes expuesto enlaza con el siguiente objeto de reflexión, referido a “El peso de los derechos: ponderando la ponderación”, capítulo que de nuevo bebe de su bagaje intelectual previo. El profesor P. de Lora da cuenta aquí del célebre debate entre R. Dworkin (precisamente, en *Los derechos en serio*) y R. Alexy, sobre si los derechos son límites absolutos o admiten siempre la ponderación. Él considera que algunos derechos sí son absolutos, mientras que otros están sometidos a un juicio de ponderación.

El último capítulo es el titulado “Constitución, populismo y democracia”. Parte del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, conforme al cual “una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución” y analiza críticamente a la luz de esta máxima el llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano” y el concepto de “revolución permanente” y de “conversación entre iguales”, que le sirve de sustento teórico, y que ha dado origen, por ejemplo, a que la Constitución venezolana reconozca 82 derechos y tenga 350 artículos, o que la Constitución boliviana, de 411 artículos, prevea la elección popular de los magistrados del Tribunal Constitucional. El primer proyecto de Constitución chilena, no aprobado en referéndum, fue un nuevo ejemplo. Se petrifica así al nivel constitucional los postulados ideológicos de una parte de la sociedad, hurtando su labor al legislador y a la alternancia política.

El epílogo con el que se cierra este trabajo se titula “Las fronteras del derecho: tomarse la moral en serio”, y la reflexión final es que la Constitución, el Legislativo o el Tribunal Constitucional no cambian por sí solos la realidad, de modo que estamos ante un fenómeno que toma “los derechos en broma” desconociendo el principio de realidad que impone la política.

Como puede comprobarse, se trata de un trabajo que aborda temas diversos bajo una mirada crítica, y que resulta de gran interés, como ya ocurriera con sus trabajos anteriores, para reflexionar sobre las mutaciones en el Derecho que traen estos convulsos tiempos “woke” en que nos encontramos.

Emilio Guichot

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

Régimen jurídico de la despoblación en España: Reforma territorial, transformación digital y valorización del patrimonio natural y cultural. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2023, ISBN 9788411637077, 325 págs.

La interesante obra de la Prof. Dra. Álvarez González aborda de manera amplia y concisa lo que se denomina en su propio título, el régimen jurídico de la despoblación, armonizando y aglutinando la normativa que afecta a este fenómeno en nuestro país, cuestión vital para poder acometer jurídica y eficazmente esta problemática.

Es por ello, en primer lugar, de elogiar el esfuerzo “codificador” llevado a cabo por la autora, así como su labor de síntesis en torno a los numerosos textos, casi todos ellos, desafortunadamente, programáticos, que abordan de manera directa esta cuestión. Para ello la obra es estructurada en dos partes claramente diferenciadas, la primera de ella se dedica a realizar un análisis del estado de la cuestión, y la segunda se centra en cuáles son los retos presentes y futuros y en arrojar una serie de ideas y posibles soluciones jurídicas a todos ellos. Además, y como valor añadido de esta obra, se realiza, en cada una de las partes, una aproximación analítica del caso de Italia, definiendo, por tanto, la situación que presentan en este país, y las medidas adoptadas en el mismo, con una visión crítica y desde una perspectiva propositiva.

De esta manera, parte de un análisis de las escasas iniciativas internacionales dirigidas específicamente a paliar la despoblación, y de todas aquellas que de alguna manera han tenido incidencia de manera colateral en este punto, como pueden ser los objetivos de la Agenda 2030 objetivos ODS (ODS 10-3 relativo a garantizar la igualdad de oportunidades o el ODS 11 sobre Ciudades y Comunidades Sostenibles). Así mismo, se trata posteriormente las numerosas iniciativas europeas, sobre todo aprobadas en los últimos años ya que anteriormente la despoblación no era un objetivo estratégico claro, si no que de alguna manera se promovía el dinamismo de algunas zonas vía fondos públicos vinculados fundamentalmente a la actividad del sector primario (PAC, por ejemplo). En todo caso, se mencionan como hitos el Pacto Rural y el Plan de Acción Rural y se hace referencia a la modulación de algunos de los fondos europeos clásicos hacia objetivos más vinculados a la lucha contra la despoblación (PAC, FEDER, FEADER etc.).

Seguidamente, se acomete el estudio de las iniciativas nacionales, impulsadas en muchos casos por instancias europeas. Así, la autora habla de una manera muy

acertada de las virtudes y de la potencialidad, al menos desde la teoría, de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural (LDSMR), que identificó ya en el año 2007 este fenómeno y diseñó planes de actuación en función de la densidad poblacional de cada zona. Otra ley de carácter más sectorial también es mencionada como la Ley 25/1982 de 30 de junio de agricultura de montaña, que puso el foco en zonas rurales concretas con el fin de que estas fueran objeto de ayudas públicas para conseguir paliar la situación de base desigual de la que partían en cuanto a su desarrollo económico y social.

Igualmente, como acciones nacionales más contemporáneas podemos mencionar la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico, el Plan Nacional de Desarrollo Rural 2014-2020 (como parte de las exigencias del FEADER) el Plan de Medidas ante el Reto Demográfico 2021-2023 y la Agenda Urbana Española (AUE), y de manera indirecta la Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular. Igualmente, como medida concreta, se menciona la creación de la Comisión Delegada del Gobierno para el Reto Demográfico en virtud de Real Decreto 399/2020 de 25 de febrero de 2020.

Si descendemos a la escala autonómica, la autora analiza las iniciativas legislativas existentes en las comunidades autónomas de Galicia, Castilla-La Mancha, Extremadura y Aragón de manera más exhaustiva, y se alude a aquellas que se encuentran en tramitación, como por ejemplo la relativa a Castilla y León, o los documentos estratégicos otras comunidades como el Plan Demográfico del Principado de Asturias 2017/2027, entre otros. Para finalizar con este primer bloque, la autora, con el fin de abarcar un amplio espectro de la realidad jurídica y territorial que tiene influencia en la despoblación, se dedica a analizar algunas iniciativas locales, así como el alcance de las Agendas Urbanas locales en esta cuestión, y las medidas y actuaciones desde un punto de vista multinivel llevadas a cabo por Italia.

El segundo bloque de esta obra se dedica, como hemos mencionado a destacar los desafíos pendientes en el ámbito de la despoblación y las posibles actuaciones que podrían resultar útiles para dar respuesta a los mismos. De esta manera las medidas propuestas se articulan en torno a tres ejes fundamentales: i. Reforma territorial y una nueva planta municipal, ii. Transformación digital y acceso a los servicios públicos, iii. Valorización del patrimonio natural y cultural.

El primero de los ejes impone una reordenación de precisamente las propias estructuras administrativas que permiten el ejercicio de las funciones públicas en el territorio, lo cual, a juicio de la autora resulta esencial para la ordenación de las potestades administrativas desde un punto de vista más funcional, centrado en el territorio, en la población que lo habita y, sobre todo, teniendo en cuenta las circunstancias de despoblación que acucian a cada zona. Se hace hincapié finalmente en las

recomendaciones de la ATE 2030 (Agenda Territorial Europea) como hoja de ruta de las distintas actuaciones públicas, que deben ser coordinadas con el fin de acometer uno de los retos clave de la política de cohesión europea. Igualmente, óptimamente desarrollado desde un punto de vista estructural, la autora recoge la necesidad de reformular la planta municipal, destacando las iniciativas propuestas en el Estatuto básico del pequeño municipio, entre otros textos, que tendría dos objetivos claros: asegurar la prestación de servicios públicos de calidad en condiciones equitativas e impulsar la simplificación normativa y administrativa de los pequeños municipios, de la misma manera que acomete el régimen jurídico y las inquietudes que suscita la llamada fusión de municipios y la ineficacia de la actuación, en opinión de la autora, de las fórmulas organizativas tales como las mancomunidades, las áreas metropolitanas y las comarcas. Finalmente, se analiza pormenorizadamente de manera comparada la organización territorial italiana, en concreto se abordan las llamadas Áreas Internas sirviéndose de la Estrategia Nacional para las Áreas Internas (SNAI), lo que también es utilizado por la autora como inspiración para especificar una serie de propuestas añadidas que permitan vertebrar el territorio de una manera que resulte más útil a los intereses de las zonas más despobladas.

El segundo de los ejes dedicado a la transformación digital y acceso a los servicios públicos señala como idea que atraviesa todas las propuestas de este epígrafe, que será la IA la que modifique de manera clara, transversal y disruptiva el proceder de los municipios resultantes del análisis anterior, como instrumento clave para garantizar la prestación de los servicios públicos. Es decir, se dejan a un lado las premisas de digitalización de la administración pública o del acceso de los municipios de menor tamaño a redes de Internet o 5G, adelantándose, podemos decir, a un futuro ya inminente.

De la misma manera, se aborda también la necesidad de acometer una simplificación administrativa (a tres niveles, normativo, organizativo y procedimental) incidiendo en una reforma ad hoc para los municipios más despoblados, que conlleve una reducción de trámites administrativos en última instancia y una adaptación del mismo a la realidad rural descrita, siempre desde un punto de vista garantista y legalista (pp. 172-174). Por otro lado, como ya hemos adelantado, la necesidad de que la población rural acceda en condiciones de calidad y equidad a los servicios públicos es una condición básica que debe tenerse en cuenta en toda reforma legislativa. Por ello, la provisión de servicios digitales, tal y como defiende la autora, podría ser una oportunidad muy importante para la garantía de los mismos en zonas más remotas, pero siendo consciente de la necesidad de continuar haciendo hincapié en la garantía de conectividad y en las diferentes técnicas existentes para este cometido.

Como último eje de este segundo bloque dedicado a recoger los principales retos existentes, así como las soluciones aplicables a esta problemática, con la reivindicación de una mayor valoración del patrimonio natural. De este modo, la autora destaca la importancia de incluir la innovación en la actividad económica de estas zonas menos pobladas como estrategia de dinamización, partiendo de los planes tradicionales aprobados por la ordenación de los recursos naturales (PORN) como instrumentos de planificación de base de toda la gestión de los innumerables recursos que encontramos en el medio rural principalmente y donde su conservación es esencial para el desarrollo regional y económico. Estos planes, no obstante, a juicio de la autora, también necesitaría de una revisión en clave demográfica, que quizá valiéndose de las llamadas Soluciones Basadas en la Naturaleza (SbN, Comisión Europea 2014) podrían adquirir un enfoque más utilitarista desde el punto de vista social y de la despoblación, con el fin de que sea una herramienta útil para la dinamización económica de las zonas rurales. Así mismo, en la última parte del trabajo se hace un análisis de las principales iniciativas europeas que inciden en esta cuestión como son el Pacto Verde Europeo, la Ley del Clima europea (Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021), la Estrategia de la UE sobre la biodiversidad para 2030 o el Plan de Acción para la Economía Circular, entre otras. En relación lógica con estos puntos, también se hace referencia a el papel de la agricultura en la lucha contra la despoblación, haciéndose una alusión a la figura italiana del agricultor custodio y a las comunidades de gestión de la agricultura (Ley 194/2015, de 2 de diciembre, para la protección y mejora de la biodiversidad de interés agrícola y alimentario) en comparación con la regulación de la gestión común en el caso de España, aportando diversos ejemplos concretos. También casos concretos son utilizados para subrayar el papel del patrimonio cultural en el desarrollo de las comunidades rurales y en la lucha contra la despoblación como un recurso productivo más, tanto en el caso español como italiano, destacándose en este último, los borghi los cuales han sido objeto de una importante financiación a la luz del plan de recuperación italiano fruto de los fondos Next Generation EU.

En definitiva, esta obra supone un extenso trabajo de investigación y documentación en cuanto a los múltiples ámbitos normativos y de actuación política que afectan de una manera directa a la lucha contra la despoblación, generando así una recopilación muy interesante y sintetizada de lo que podría conformar un régimen jurídico de la despoblación. Igualmente, a partir de ello la autora ha conseguido elaborar una serie de propuestas de mejora, de actuaciones ideales en cada uno de los sectores o aspectos desarrollados con el fin de afrontar esta problemática de una manera eficaz, valiéndose, además, de otras experiencias extranjeras, como la italiana, con el fin de inspirar al legislador para dar el paso hacia actuaciones más concretas,

armonizadas y sobre todo, coordinadas que tengan como fin último la lucha contra el despoblamiento y los problemas de desarrollo económico y cohesión territorial que ello conlleva para nuestras sociedades.

Paula M^a Tomé Domínguez

Doctora en Derecho Administrativo

Contratada en Periodo de Orientación Postdoctoral (POP-FPU)

Universidad de Salamanca

Nuevas fórmulas de prestación de servicios en la era digital. FEDERICO A. CASTILLO BLANCO y JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ (dir.) SUSANA E. CASTILLO RAMOS-BOS-SINI (coord.) Dykinson, Madrid, 2024. ISBN: 978-84-1170-731-2, páginas 532 págs.

1. NOTA PREVIA

En la cúspide de una era marcada por el acelerado avance tecnológico, este libro “Nuevas fórmulas de prestación de servicios en la era digital” surge como una reflexión esencial y crítica sobre el impacto de la digitalización y las tecnologías emergentes en la prestación de servicios públicos y su interacción con el marco legal vigente. A medida que estas innovaciones reconfiguran desde la esfera pública hasta la vida privada, se torna indispensable un análisis profundo de sus implicaciones jurídicas, los desafíos regulatorios que plantean y los límites que deben considerarse.

Las innovaciones tecnológicas a menudo presentan interferencias con el interés general, los derechos fundamentales y la equidad social. Esta premisa subyace a lo largo de la obra, impulsando una reflexión sobre el delicado equilibrio entre el aprovechamiento de la tecnología para mejorar la eficiencia y la gestión de servicios públicos, y la imperiosa necesidad de salvaguardar la privacidad, evitar la discriminación, prevenir la exclusión y promover su uso responsable.

Es quizás el quid de la cuestión el cómo las sociedades pueden y deben navegar por este nuevo paisaje tecnológico, equilibrando los beneficios tangibles de la digitalización y las tecnologías emergentes con los riesgos inherentes que representan para la cohesión social, la equidad y los derechos fundamentales.

2. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA OBRA

Cada capítulo de esta obra desentraña una nueva dimensión del cambio paradigmático que ha supuesto la revolución tecnológica, examinando no solo las transformaciones actuales sino también anticipándose a las futuras, con el fin de esbozar un camino legal que integre las tecnologías emergentes y salvaguarde los derechos fundamentales y la integridad social.

El primer Capítulo titulado “La influencia de la transformación digital en el ámbito tributario” se sumerge en la digitalización de la Administración tributaria, siendo este un avance acorde a la realidad imperante y al principio de buena administración. Sin embargo, se exploran áreas de potencial mejora a razón de la futurista posible vulneración del principio de contradicción en procedimientos de verificación

informatizada, la conveniencia de ampliar garantías respecto a la automatización de resoluciones y el desequilibrio de las partes en las notificaciones electrónicas.

La adaptación del derecho a la educación a las tecnologías emergentes, se aborda en “El servicio educativo: aprendizaje personalizado y educación Automatizada” aludiendo al grado de automatización de la docencia y a la adaptación de los planes de educación a la era digital. En este segundo Capítulo se expone que el desarrollo futuro de la educación queda condicionado a la idea que sostenemos sobre el concepto de educación y el enfoque que adoptamos hacia el derecho a la educación, lo cual definirá el futuro de la educación y su capacidad para cumplir sus objetivos.

Se introduce “La transformación digital en el ámbito sanitario” en el tercer Capítulo, ofreciendo una visión completa del potencial de las prestaciones sanitarias ante la evolución a una Administración digital capaz de prestar atención personalizada interoperable. El dato se convierte en la principal fuente de información, haciendo realidad lo anterior el desarrollo tecnológico y la implantación de estos avances. Sin embargo, la consecución de los presuntos beneficios que de ello se derivan requiere: adaptación de lo analógico a lo virtual, superación de la brecha digital, mayores compromisos en materia de transparencia, protección de datos y comunicaciones seguras, entre otros.

Continúa el cuarto Capítulo con la “Digitalización e inteligencia artificial en la prestación de servicios públicos asistenciales”, referente al acceso y prestación asistencial del sector público como actividad de alto riesgo en el marco de la propuesta de Reglamento europeo de inteligencia artificial, supone mayores requisitos y controles dada la incidencia en los derechos fundamentales; enfatizando en la necesidad de adaptar las políticas a las demandas ciudadanas garantizando la protección en la interacción con los servicios públicos, y en la integración segura y garantista de la inteligencia artificial en los servicios asistenciales.

El quinto Capítulo denominado “La digitalización del planeamiento urbanístico y de su información” avanza en cómo la implementación de la tecnología constituye una oportunidad para ofrecer respuesta a las necesidades actuales de urbanización y ordenación del territorio. La doctrina ha sido crítica con la rigidez de los planes actuales y la digitalización y, en respuesta, promueve una mayor flexibilidad en el planeamiento, lo que puede facilitar la transición hacia un modelo más ágil y adaptable, reflejando una tendencia hacia la simplificación de los procesos urbanísticos.

La evolución y convergencia de las prestaciones de servicio de transporte urbano se expresa en el Capítulo sexto presentado como “Los cambios en la prestación de los servicios públicos como consecuencia de la transformación digital: el caso del transporte urbano de viajeros”. Hasta ahora, el foco del debate recaía en la protección de los taxis como servicio de interés general y la proporcionalidad de las limita-

ciones impuestas a los vehículos de transporte con conductor. La disrupción tecnológica plantea otro enfoque, al cuestionar dicho servicio como de interés general ante la satisfacción de una misma necesidad, así como las limitaciones impuestas como contrarias a la libertad de empresa, establecimiento y competencia. Este cambio de paradigma busca establecer un sistema autorizatorio adaptado al contexto actual, que integre y coordine tanto los métodos tradicionales como los tecnológicos en el transporte urbano, presentes y emergentes.

La crucial relevancia de las ciudades inteligentes para el avance hacia un futuro sostenible y el incremento del bienestar social se expone en el séptimo Capítulo titulado “La transformación digital en las ciudades: regulación, protección de derechos y brecha digital en las ciudades inteligentes”. La era del dato y la inteligencia artificial presenta retos significativos relacionados con derechos fundamentales como la privacidad y no discriminación, subrayándose la preocupación por la brecha digital y las desigualdades de acceso y uso de tecnología avanzada. Se enfatiza la urgencia de desarrollar regulaciones que protejan los derechos de los ciudadanos, la importancia de promover una inclusión tecnológica, y la necesidad de impulsar una educación mediática que permita a los ciudadanos navegar críticamente por este nuevo paisaje digital.

El octavo Capítulo “Regulación europea de la inteligencia artificial” aborda de manera exhaustiva la reciente regulación europea sobre inteligencia artificial como un referente en la gobernanza de las tecnologías emergentes, enfocándose en la necesidad de mitigar los riesgos asociados a ésta mediante la introducción de categorías para sistemas considerados de alto riesgo, y la prohibición de ciertos usos. Preocupaciones como el sesgo y la seguridad de los datos, la transparencia del código fuente y la protección de datos, se presentan como un esfuerzo por equilibrar la protección de los derechos fundamentales con el fomento de la innovación y la competitividad que ofrece el futuro de la inteligencia artificial.

A su vez, los algoritmos pueden conllevar desde cambios conservadores, hasta escenarios futuristas de automatización completa, “Los algoritmos en la función administrativa” se adentra en el futuro de la Administración, sumergiéndose así en las diversas implicaciones que plantea la influencia algorítmica en el procedimiento administrativo, la función pública y el buen gobierno. El noveno Capítulo resalta los desafíos que suponen los algoritmos respecto a la racionalidad administrativa, transparencia, explicabilidad, precisión, neutralidad e imparcialidad, siendo necesario alinear el progreso tecnológico con el respeto a los valores democráticos y el bien común.

Bajo el título “Propuesta de regulación de una política de uso del teléfono móvil del empleado público” se plantea incorporar una disposición universal en el estatuto

del empleado público sobre del uso de los dispositivos móviles en el trabajo que habilite a cada Administración a elaborar su propia política en atención a sus particularidades, permitiendo flexibilidad para abordar sus necesidades únicas. El décimo Capítulo precisa aquellas áreas de especial incidencia a contemplar en la política de uso de dispositivos móviles, sobre las que definir los derechos y obligaciones que engloba para las partes implicadas: Administración y empleado público.

El undécimo Capítulo “El Metaverso: necesidad de un ordenamiento jurídico ad hoc en materia administrativa y de derechos fundamentales en Latinoamérica” profundiza en la posible doble naturaleza del metaverso, como un dominio digital autónomo que desafía las convenciones actuales, exigiendo un marco regulatorio específico; o como una extensión del entorno físico, donde las acciones en este espacio virtual tienen repercusiones significativas en la vida real y los derechos individuales. La expansión global de las plataformas tecnológicas plantea problemas en cuanto a la jurisdicción, dada la creación de “cuasi poderes” por parte de entidades que regulan, administran y resuelven conflictos dentro de sus dominios virtuales, frente a los esfuerzos regionales en Latinoamérica de adaptar el derecho a las nuevas tecnológicas con el fin de proteger los derechos de los ciudadanos en el entorno digital, culminando en la Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial.

La aparición de las tecnologías de la información y comunicación han cambiado el modo de trabajar, el duodécimo Capítulo denominado “Los derechos fundamentales de los empleados públicos en la era digital” centra el debate en el derecho fundamental a la intimidad y la necesidad de equilibrar un mundo cada vez más digitalizado, enfatizando en la necesidad de establecer límites, y desarrollar derechos y obligaciones que se ajusten a las dinámicas laborales contemporáneas, marcadas por el uso intensivo de estas tecnologías.

El último Capítulo titulado “Régimen de relación de los ciudadanos en una administración digital: notificaciones electrónicas y cita previa” examina los efectos de la transición hacia la Administración electrónica, especialmente en lo relativo a las notificaciones electrónicas y la cita previa, y sus externalidades negativas en cuanto a los derechos y garantías de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, poniendo de manifiesto aquellos puntos críticos.

3. REFLEXIONES FINALES

A través de los trece capítulos se reflejan un amplio espectro de transformaciones y desafíos introducidos por la digitalización en diversos ámbitos de la Administración pública y la sociedad, evidenciando una preocupación constante por la adaptación de las estructuras legales y administrativas existentes a un contexto tecnológico en rápida evolución.

La disertación a lo largo de sus capítulos no solo aborda las transformaciones actuales, sino que también se proyecta hacia las implicaciones futuras de estos cambios, ofreciendo un enfoque holístico que no solo contemple los avances tecnológicos como herramientas de progreso, sino también como elementos que deben ser cuidadosamente armonizados con los principios democráticos, la justicia social y el respeto a la dignidad humana.

Esta obra, no solo contribuye al debate académico, sino que también ofrece orientaciones para enfrentar los desafíos que la revolución tecnológica y digital presenta para el derecho y la política pública. Esta monografía nos invita a considerar el derecho, no como un mero espectador pasivo ante el avance tecnológico, sino como un actor proactivo capaz de guiar y moldear el desarrollo tecnológico para que éste se alinee con los principios del Estado de derecho. Se trata, en suma, de una guía esencial para juristas, académicos y cualquier persona interesada en la intersección entre derecho y tecnología, proporcionando las herramientas necesarias para comprender y actuar ante los desafíos que la digitalización presenta para la sociedad contemporánea.

En este punto, solo queda agradecer la gran aportación que realizan los doctores Jesús Bobo Ruiz, Federico A. Castillo Blanco, Susana E. Castillo Ramos-Bossini, Óscar Cortés Abad, Francisco Javier Durán Ruiz, María José Fernández Pavés, Juan José Lavilla Rubira, Belén del Mar López Insua, Mirko A. Maldonado-Meléndez, Leonor Moral Soriano, Juan Francisco Pérez Gálvez, Carolina Serrano Falcón y Paula M^a Tomé Domínguez, autores de la obra colectiva, pues es crucial que el marco legal evolucione para abordar los desafíos y riesgos que derivan de los avances tecnológicos, siendo esta obra valiosa para establecer límites y garantías necesarios en la implementación del derecho digital.

Maria Bernad Furest

Doctoranda en el Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas

Universidad de Granada



Revista Andaluza de Administración Pública

■ 117
2024

