



Revista Andaluza de Administración Pública

119/2025
Enero-Junio

ESTUDIOS

Federico A. Castillo Blanco
La temporalidad en el empleo público

Alejandra Boto Álvarez
La transparencia en los órganos de relevancia constitucional: balance y propuestas

Irene Ruiz Olmo
El impacto del Derecho de la Unión Europea en el control de actividades económicas por parte de la Administración

Daniel del Castillo Mora
Espacios naturales protegidos: el principio de no regresión y las áreas protegidas

María Concepción Castiñeira Madrid
¿Conceden subvenciones las universidades públicas andaluzas? La naturaleza jurídica de las ayudas universitarias

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

12 criterios jurisprudenciales para la determinación del daño moral causado por la Administración pública
(*Adriana Antúnez Sánchez*)

CRONICAS Y DOCUMENTOS

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN

El régimen jurídico-administrativo de las casetas privadas de la Feria de Sevilla.
Comparativa con la regulación de otras ciudades
(*Fátima Ribas Rodríguez*)

BIBLIOGRAFIA

REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nº 119

Enero - Junio 2025

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.*
Ceballos Casas, María Luisa. *Secretaría General de Administración Local. Junta 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 (en excedencia).*
Horgué Baena, Concepción. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Jiménez Blanco y Carrillo de Albornoz, Antonio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Politécnica de Madrid.*
Loaiza García, José. *Director del Instituto Andaluz de Administración Pública.*
López Menudo, Francisco. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Marrero García-Rojo, Ángel. *Ltrado 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. Sevilla.*
Ortiz Mallol, José. *Ltrado de la Junta de Andalucía.*
Parralo Vegazo, Antonio. *Director General de Recursos Humanos y Función Pública.*
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, Eloísa. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Jaén.*
Carrillo Donaire, Juan Antonio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Castillo Blanco, Federico. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*
Fernández Ramos, Severiano. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Cádiz.*
Gamero Casado, Eduardo. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.*
González Rios, Isabel. *Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*
Núñez Lozano, María del Carmen. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva.*
Millán Moro, Lucía. *Catedrática de Derecho Internacional Público. Universidad Pablo de Olavide. Sevilla.*
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.*
Wisner Glusko, Carolina. *Profesora Titular de Derecho Administrativo de C. E. U. Cardenal Spínola de Sevilla.*

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 "Gabriele 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 CEU-San Pablo 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 Gestión del Conocimiento

Calle Torneo, núm. 26

41002 SEVILLA

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

www.juntadeandalucia.es/organismos/iaap.html

Email: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es





SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

Federico A. Castillo Blanco <i>La temporalidad en el empleo público</i>	19
Alejandra Boto Álvarez <i>La transparencia en los órganos de relevancia constitucional: balance y propuestas</i>	45
Irene Ruiz Olmo <i>El impacto del Derecho de la Unión Europea en el control de actividades económicas por parte de la Administración</i>	67
Daniel del Castillo Mora <i>Espacios naturales protegidos: el principio de no regresión y las áreas protegidas</i>	93
María Concepción Castiñeira Madrid <i>¿Conceden subvenciones las universidades públicas andaluzas? La naturaleza jurídica de las ayudas universitarias</i>	115

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

12 criterios jurisprudenciales para la determinación del daño
moral causado por la Administración pública
(Adriana Antúnez Sánchez)

155

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN

El régimen jurídico-administrativo de las casetas privadas de la Feria
de Sevilla. Comparativa con la regulación de otras ciudades
(Fátima Ribas Rodríguez)

187

BIBLIOGRAFÍA

Carles Ramió, El colapso de la Administración en España. Un análisis
políticamente incorrecto, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2024.
(Emilio Guichot Reina)

215

María Remedios Zamora Roselló, Minería y comunidades autónomas:
Territorio, sostenibilidad y energía. Especial referencia a Galicia, Baleares y
Andalucía, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024
(M^a Ángeles Fernández Scagliusi)

220

José María Gimeno Feliú, Hacia una buena Administración desde la
contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la de la
estrategia y el valor de los resultados, Marcial Pons, Madrid, 2024
(Omar Bouazza Ariño)

222

Milagros Arcocha Giménez (coordinadora), Doctrina del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, El consultor de los ayuntamientos, 2024 <i>(Santiago González-Varas Ibáñez)</i>	227
Concepción Campillo Alhama (directora) y Liliana Ladrón de Guevara Muñoz (coordinadora), La comunicación pública: una herramienta en la gestión de los gobiernos de Iberoamérica, Colección Estudios y Comentarios, Unión Iberoamericana de Municipalistas, 2022 <i>(Rosa María Torres Valdés)</i>	229
Teresa Acosta Penco, La intervención directa de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, Iustel, Madrid, 2022 <i>(Teresa Pareja Sánchez)</i>	234
Federico A. Castillo Blanco y Juan Antonio Maldonado Molina (directores), Régimen jurídico del teletrabajo en las Administraciones públicas, Dykinson, Madrid, 2024 <i>(Juan José Romero Abolafio)</i>	237
Antonio Fortes Martín, El sistema administrativo del clima, Dykinson, 2025 <i>(Carmen Martín Martínez)</i>	244
Francisco Sosa Wagner – Mercedes Fuertes, Clásicos del derecho público (II), Biblioteca básica para estudiosos y curiosos, Marcial Pons, 2025 <i>(Felio José Bauzá Martorell)</i>	251
Carmen María Ávila Rodríguez, Régimen jurídico-administrativo de las viviendas de uso turístico. Ordenación de la actividad, ordenación turística autonómica y planificación urbanística municipal, Aranzadi, Las Rozas (Madrid), 2024, con prólogo de Ricardo Rivero Ortega <i>(Emilio Guichot Reina)</i>	256

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 RAAP 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 RAAP 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. Los estudios tendrán una extensión entre 20 y 50 páginas. La extensión máxima de los comentarios de jurisprudencia, crónicas y documentos será 40 páginas. Y las reseñas sobre monografías y estudios bibliográficos no podrán superar las 15 páginas.

En cada trabajo, excepto en las reseñas, figurará en primer lugar el título del trabajo, alineado al centro. En el siguiente renglón, alineado a la derecha, figurará el nombre del autor o autora y, en renglón siguiente, su filiación académica o profesional.

A continuación, en renglón distinto y ya con márgenes justificados, figurará un resumen. En el siguiente renglón se introducirán las palabras clave. En el siguiente, el sumario. Finalmente, se incorporará el texto propiamente del trabajo.

En las recensiones, figurará en primer lugar el título de la recensión, con márgenes justificados. A continuación, se incorporará el texto de la recensión. A final del trabajo se insertará, alineado a la derecha, el nombre del autor o autora y, en renglón siguiente, su filiación académica o profesional.

Los resúmenes no podrán exceder de 20 renglones. Podrán dar cuenta de manera sintética del trabajo en cuestión, presentar los objetivos del trabajo realizado y anticipar conclusiones relevantes. Deben incorporar resúmenes todos los trabajos, excepto los que se publican en la sección de bibliografía. Los resúmenes habrán de redactarse en español y en inglés.

Salvo los trabajos que se publiquen en la sección de bibliografía, el resto deberá incorporar, después del resumen, entre tres y seis palabras clave, en español y en inglés.

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. En ningún caso se incluirá en el texto del trabajo la referencia bibliográfica completa o recortada mediante el inicio del título seguido de ob. cit., op. cit. o similar. 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 sistema de doble 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 5 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 temporalidad en el empleo público

Temporary employment in public sector

Federico A. Castillo Blanco

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Granada

<https://orcid.org/0000-0002-5586-0679>

RESUMEN: El presente trabajo realiza un estudio sistemático de las distintas cuestiones que el abuso de temporalidad plantea en el empleo público español, a la vista de las resoluciones de la justicia europea y las propias resoluciones jurisdiccionales que se han dictado en el orden social y contencioso-administrativo, planteándose si las soluciones normativas realizadas hasta ahora plasmadas en procesos *ad hoc* de reducción de temporalidad son suficientes para dar respuesta a la problemática planteada.

ABSTRACT: This paper systematically studies the various issues raised by the abuse of temporary employment in the Spanish public sector, in light of the resolutions of the European Court of Justice and the jurisdictional decisions issued in the social and administrative jurisdictions. It considers whether the regulatory solutions implemented so far, embodied in *ad hoc* processes aimed at reducing temporary employment, are sufficient to address this problem.

PALABRAS CLAVE: temporalidad, abuso, indemnizaciones, fijos, interinos

KEY WORDS: temporary employment, abuse, compensation, permanent, temporary staff

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO EN QUE SE PRODUCE EL DEBATE SOBRE LAS MEDIDAS A ADOPTAR PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. II. ¿CABE LA DECLARACIÓN DE FIJO EN EL EMPLEO PÚBLICO COMO CONSECUENCIA DE LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LA TEMPORALIDAD? 1. El debate existente en la jurisdicción social: cómo

Recibido: 19-05-2025

Aceptado: 22-05-2025

y en qué condiciones puede accederse a la condición de fijo. 2. La posición del orden jurisdiccional contencioso-administrativo: resulta contrario a la Constitución declarar la condición de funcionario fijo o equiparable en el caso de abuso en la temporalidad. III. ¿EN QUÉ CASOS SE PRODUCE ABUSO DE TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO? 1. Las relaciones «inusualmente largas» en el empleo público: el plazo de tres años. 2. La aplicación indiscriminada del criterio tiempo por la superación del plazo de tres años sin más: a propósito de la Ley 20/2021. 3. La puesta en pared de la jurisdicción contencioso-administrativa frente al criterio del mero transcurso del tiempo como causa del abuso. IV. LAS INDEMNIZACIONES COMO CONSECUENCIA DE LOS ABUSOS DE TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. 1. La cuestión planteada: si procede o no indemnizaciones sancionatorias por el abuso en la temporalidad y en qué condiciones. 2. La posición de la Sala 3ª del Tribunal Supremo: reconducción de la eventual indemnización a la existencia de daños y perjuicios o a lo que establezca la Ley. V. CONCLUSIONES: UN DEBATE TODAVÍA PENDIENTE EN QUE NUEVOS CAPÍTULOS HABRÁN DE SER ESCRITOS. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO EN QUE SE PRODUCE EL DEBATE SOBRE LAS MEDIDAS A ADOPTAR PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

De todos es conocido que las altas tasas de temporalidad en el empleo público, hasta un 30 % se ha llegado a alcanzar, pareciera que eran algo realmente intolerable y fueron determinantes para una reacción sindical frente a dicha injustificable tasa de temporalidad. Fruto de esta aspiración sindical, y de los propios colectivos de funcionarios interinos, se pusieron en marcha distintos procesos de estabilización a través de las leyes de PGE de 2017 y 2018 (con leves modificaciones en la Ley de PGE de 2021 relativas al aumento de la tasa de estabilización y periodo de ejecución de estos procesos) cuyos resultados fueron francamente desalentadores en cuanto a los objetivos que se perseguían, sin olvidar el revés que supuso para el éxito de los mismos la prohibición de un turno de acceso diferenciado de acuerdo con los pronunciamientos contenidos en la STC 38/2021, de 18 de febrero de 2021.

En paralelo a estos procesos se desarrollaba una intensa batalla judicial que, en principio, parecía haber cercenado la posibilidad de que, como consecuencia del abuso en la contratación temporal, se declarase en el sector público la fijeza en el empleo público aun cuando hubiera mediado un proceso selectivo para la selección de este personal temporal, pero que tras la última jurisprudencia europea ha determinado distintos pronunciamientos de distintos tribunales internos, tanto en el ámbito

social cómo en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo lo que si resultaba una novedad, reconociendo la posibilidad de declarar fijos en el empleo público a aquellos empleados con los cuales se hubiese cometido un abuso¹. Y es que, como FUENTETAJA PASTOR (2020) ya puso de manifiesto, el derecho español carecía en ese momento, y al parecer sigue careciendo a la vista de las declaraciones del TJUE, de medidas adecuadas para sancionar esos abusos. De esta forma, el Tribunal de Justicia ha valorado negativamente los procesos de consolidación o estabilización o la transformación en indefinidas —no fijas— de las relaciones laborales de los funcionarios interinos. Pronunciamientos jurisdiccionales, los últimos acontecidos en el ámbito europeo a los que ahora nos referiremos, que indican que, casi con total seguridad, habrá nuevos capítulos en este tejer y destejer en la temporalidad que dura ya varios años y que ponen en jaque los paradigmas que hasta ahora se habían mantenido sin fisuras en el empleo público como se denunciaba por CANTERO MARTÍNEZ (2024)².

Pues bien, hace tan solo unos meses conocimos que la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en dos sentencias de 25 de febrero de 2025 (rec. 4436/2024 y 7099/2022), ha rechazado la posibilidad de declarar fijos a aquellos empleados públicos que han tenido nombramientos temporales que deban considerarse abusivos.

Las sentencias referidas abordan distintas cuestiones que ponen en cuestión el enfoque que, hasta este momento, la legislación de empleo público había establecido. En efecto, cuestiones tales como si resulta o no contrario a la Constitución convertir en funcionario fijo o equiparable a quien haya recibido nombramientos temporales abusivos, el propio modo de apreciación del uso abusivo de los nombramientos temporales o las consecuencias del cese de ese personal temporal y la eventual indemnización que pudiera corresponderle han sido objeto de pronunciamiento en las sentencias referidas. Y adelantemos ya que ninguna de dichas cuestiones ha quedado

¹ Puede verse, en este sentido, en la jurisdicción social las SSTSJ de Madrid de 10 de mayo de 2024 (rec. 973/2021) y 27 de septiembre de 2024 (rec. 408/2024) o la STSJ País Vasco de 16 de julio de 2024 (rec. 582/2024) que han declarado la fijeza cuando se supera un proceso selectivo, aunque no se hubiera obtenido plaza o para acceder a la condición de temporal cuando hay una situación de abuso en contra de lo que había fallado el propio TS (STS de 8 de noviembre de 2023, rec.3499/2022). Por su parte, y en orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la Sentencia nº1249/2024, de 19 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Santa Cruz de Tenerife ha reconocido, por primera vez, en la jurisdicción contencioso-administrativa no solamente la constatación de un abuso en la contratación temporal por parte de la administración, sino la imperiosa necesidad y obligación de establecer una compensación efectiva y proporcional como es la declaración de fijeza.

² La autora realiza un análisis de la STJUE de 22 de febrero de 2024 (C-59/22, C-110/22 y C-159/22) poniendo de relieve que la misma supone un importante punto de inflexión e implica una intensa laborización del empleo público, aplicando directamente la legislación laboral y poniendo en jaque los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

definitivamente resuelta y todavía habremos de esperar sucesivos capítulos en esta historia que se arrastra desde hace años. Al menos no lo es en el ámbito social donde todavía pende una cuestión prejudicial que, a buen seguro, afectará las distintas interpretaciones que se puedan realizar sobre estos asuntos también en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y a la que más adelante, por su relevancia, aludiremos.

Es preciso recordar, antes de abordar los pronunciamientos de estas últimas resoluciones jurisdiccionales, que este debate, latente tanto en la justicia europea como en la propia española, deriva en lo esencial de otras dos resoluciones jurisdiccionales dictadas en el ámbito europeo que han planteado un conflicto entre el derecho europeo y los principios del acceso al empleo público en España. La primera en el tiempo sería la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024 (C-59/2022, C-110/2002 y C-159/2022), que abordó el abuso de la contratación temporal en el sector público español, la cual respondía a cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y cuyo razonamiento sugirió que la conversión de contratos temporales en indefinidos podría ser una medida adecuada para prevenir y sancionar dichos abusos. La segunda, más matizada en sus afirmaciones, era la sentencia TJUE de 13 de junio de 2024 (C-331/22 y 332/22) que establece que, dada la imprecisa dicción de la cláusula 5^a que no establece la fijeza como consecuencia necesaria del abuso, y aun siendo cierto que pudiera ser una medida apropiada, la conversión de temporal a fijo será posible siempre que «no implique una interpretación *contra legem* del Derecho nacional» (ap. 111)³.

De esta forma, si ambas sentencias coincidían en señalar que los procesos derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público no eran adecuados para sancionar y compensar la precariedad asociada al abuso de la temporalidad no parecían tan unánimes en la solución a adoptar.

³ Efectivamente, la sentencia TJUE de 13 de junio de 2024 (C-331/22 y 332/22) establece que, dada la imprecisa dicción de la cláusula 5^a, que no establece la fijeza como consecuencia necesaria del abuso, aunque sí podría ser una medida apropiada, la conversión de temporal a fijo será posible siempre que (ap. 111) «no implique una interpretación *contra legem* del Derecho nacional». De tal forma, que, en el supuesto de que el ordenamiento jurídico niegue esta posibilidad, establece que debe preverse «otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada». Lo que, grosso modo, parece que haría imposible la conversión en el ámbito funcional de temporal a fijo por ser contrario al artículo 23.2 CE, aunque mucho menos claro resulta esa conclusión en el caso del personal laboral dada la distinta aplicación que dicho artículo tiene respecto de este personal lo que ha abierto una interesante discusión sobre este punto que, en opinión de algunos autores, sí sería de aplicación dadas las disposiciones establecidas en la legislación de empleo público respecto del acceso al empleo público.

Y es que recordemos que las medidas contempladas en dicha norma se ceñían a distintas cuestiones. Unas mirando al pasado y otras mirando al futuro. En realidad se procedía mezclando dos problemas que no necesariamente habían de resolverse conjuntamente, a saber: de un lado, la reacción frente al abuso en la contratación temporal; y, de otro, la reducción de la temporalidad. Las medidas, a las que se han referido en profundidad CANTERO MARTÍNEZ (2022), BOLTAINA BOSCH (2022) o ROQUETA BUJ (2022), fueron esencialmente las siguientes:

- La renovación técnica de la figura del funcionario interino buscando una más adecuada causalidad en los supuestos de nombramiento y cese.

- La autorización de una tasa adicional de convocatoria de plazas y la articulación de dos procesos de estabilización con sistemas distintos en función de la antigüedad de los llamados a ser estabilizados (concurso y concurso-oposición)

- La previsión de indemnizaciones para los que no superaran esos procesos lo que sin duda era un acicate para la propia perversión de estos procesos por el coste que podía implicar para la Administración la no superación de éstos por parte del personal que generaba las plazas que eran objeto del proceso de estabilización⁴.

- Y, por último, la previsión de exigencia de responsabilidad por las actuaciones irregulares que en esta materia se produjesen a partir de ese momento. Una mera previsión sin consecuencia alguna, al menos hasta ahora, ya que no se conoce procedimiento alguno de exigencia de responsabilidad por este motivo.

La realidad, sin perjuicio de que algunas de las medidas adoptadas pueden calificarse como acertadas, es que todo el proceso ha sido un relativo despropósito que, además y como ha apuntado con acierto BOLTAINA BOSCH (2023: p.175), si bien pueden haber aportado una solución coyuntural al problema de la temporalidad no han establecido ningún criterio efectivo para evitar la repetición de esta circunstancia en el futuro. Y, de hecho, de nuevo hay una alta tasa de temporalidad.

⁴ Y es que, en efecto, la Ley de 2021 para eliminar la utilización abusiva de contratos temporales indica que tendrán derecho a una indemnización de 20 días por año trabajado con un máximo de doce mensualidades aquellos interinos cesados por no haber superado la prueba para cubrir su plaza lo cual sin duda era un acicate, sobre todo en Administraciones que tuviesen un alto número de interinos, para evitar que los mismos no sacasen la plaza. El Tribunal Supremo (sala IV) en sentencias de 2 de julio de 2024 (rec.3516/2023) y 25 de septiembre de 2024 (rec.5549/2022) ha considerado, aun y a pesar de que la STJUE de 22 de febrero de 2024 (c-59/22, C-110/22 y C-159/22) pudiese plantear algunas dudas, que ese importe es válido. En cualquier caso, la problemática no cesa con resoluciones en uno y en otro sentido (Beltrán de Heredia, 2024a) <https://ignasibeltran.com/2024/11/18/extincion-por-cobertura-reglamentaria-de-la-plaza-de-indefinido-no-fijo-y-reconocimiento-de-indemnizacion-por-despido-improcedente-stsj-aragon-30-9-24/>.

II. ¿CABE LA DECLARACIÓN DE FIJO EN EL EMPLEO PÚBLICO COMO CONSECUENCIA DE LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LA TEMPORALIDAD?

Esta, sin duda, ha sido la cuestión principal de discusión a lo largo de estos años en que, como se apuntó con anterioridad, se desarrollaría una intensa presión por parte de las centrales sindicales y de las plataformas de colectivos de interinos a fin de resolver la cuestión suscitada con la pretensión, en ningún caso ocultada, de que se procediese a *aplantillar* directamente a esos empleados públicos sin proceso selectivo alguno.

El debate, en cualquier caso, estaba servido y parece que, con perspectivas distintas, se ha trasladado a los órdenes social y contencioso-administrativo de nuestros tribunales que mantienen matices divergentes de cierta relevancia.

1. El debate existente en la jurisdicción social: cómo y en qué condiciones puede accederse a la condición de fijo

Si bien, en un primer momento, la propia sala de lo social del TS había mantenido la imposibilidad de la transformación de una relación laboral temporal en una fija (STS de 8 de noviembre de 2023, rec. 3499/2022), tras las sentencias en el ámbito europeo citadas más arriba ha habido una división en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia del país en el ámbito social. De esta forma, en un primer momento, hubo posiciones encontradas. Si, a título de ejemplo, la STSJ Andalucía (social), de 14 de marzo de 2024 (rec. 775/2022) o la STSJ de Madrid (social) de 10 de abril de 2024 (rec. 797/2021) mantuvieron que no procedía la declaración de fijeza por respeto a los principios constitucionales, en otros casos, cómo acontece con la STSJ del País Vasco (social) de 22 de abril de 2024 (rec. 229/2024), se mostrarían favorables a la solución de la fijeza interpretando que los principios constitucionales de acceso a la Administración pueden ser obviados desde la perspectiva de la aplicación de la directiva europea que aborda dichas cuestiones (con voto particular).

Bien es cierto que hay un matiz del que es preciso dar cuenta. Cuando se había superado un proceso selectivo para el nombramiento temporal, y en ese sentido, entre otras pueden verse las SSTSJ de Madrid de 10 de mayo de 2024 (rec. 973/2021) y 27 de septiembre de 2024 (rec. 408/2024), o la STSJ País Vasco de 16 de julio de 2024 (rec. 582/2024), un grupo relevante de resoluciones jurisdiccionales se pronunciarían a favor de declarar la fijeza, aunque no se hubiera obtenido plaza o se accediese a la condición de temporal cuando hay una situación de abuso por entender que ya no se producía la contradicción antes mencionada entre el Acuerdo Marco que acompaña a la Directiva 1999/70/CE y los principios constitucionales de acceso al empleo público.

Esta situación, cuando menos no unánime respecto de la interpretación que haya de realizarse respecto de esas sentencias europeas, culminó con que el propio Tribunal Supremo, en concreto su sala 4^a, formulara una cuestión prejudicial mediante el ATS de 30 de mayo 2024 (rec. 5544/2023), por ahora no resuelta, en la que se plantea al TJUE dos cuestiones prejudiciales:

- Primera, de carácter principal, que se formula en los siguientes términos: ¿Se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco la doctrina jurisprudencial que, defendiendo los principios de igualdad, mérito, capacidad y no discriminación en la libre circulación de trabajadores, niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos del sector público a los trabajadores indefinidos no fijos?.

- Segunda, de carácter subsidiario, para el caso de que la respuesta a la primera cuestión prejudicial sea la de declarar que la doctrina jurisprudencial que niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco : ¿El reconocimiento de una indemnización disuasoria al trabajador indefinido no fijo en el momento de la extinción de su relación laboral, puede considerarse como una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales en el sector público con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco?.

Ya veremos que se contesta en esta aparente historia de nunca acabar. Menos dudas, como ahora se dará cuenta, plantearían dichas cuestiones al orden jurisdiccional contencioso-administrativa que, a la vista de su jurisprudencia, tiene más certezas sobre esta problemática comenzando por rechazar el plantear cualquier cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. La posición del orden jurisdiccional contencioso-administrativo: resulta contrario a la Constitución declarar la condición de funcionario fijo o equiparable en el caso de abuso en la temporalidad

Sin perjuicio de alguna decisión puntual, como el que muestra la Sentencia nº 1249/2024, de 19 de noviembre, del Juzgado de lo contencioso-administrativo número 3 de Santa Cruz de Tenerife⁵, lo cierto es que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no ha compartido la solución que se muestra favorable a la conversión en fijo del personal temporal estatutario o funcionario. De esta forma, esa sentencia había reconocido, por primera vez en la jurisdicción contencioso-administrativa, no solamente la constatación de un abuso en la contratación temporal por parte de la Administración, sino la imperiosa necesidad y obligación de establecer

⁵ Puede consultarse aquí: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-contencioso-administrativo-juzgado-lo-contencioso-administrativo-n-3-19-11-24-48635509>

una compensación efectiva y proporcional a ese hecho. Y, en ese sentido, resolvió que, al no existir norma sancionadora de ese abuso en el ordenamiento interno y conforme a la jurisprudencia más reciente del TJUE, y al haber superado la recurrente un proceso selectivo bajo los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad en el año 2020, la consecuencia necesaria es que había adquirido la condición de personal estatutaria fija en la Administración demandada.

Sin embargo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2025 (4436/2024) parece haber puesto fin a esa polémica en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En efecto, en esta última sentencia, las cuestiones suscitadas a la sala eran las siguientes:

(i) Si, para apreciar la existencia de utilización abusiva en los nombramientos de funcionarios interinos que sean sancionables, es suficiente un criterio temporal de prolongación en la interinidad;

(ii) En caso de reconocerse la existencia de abuso, si cabe la asimilación de la solicitud de nombramiento como funcionario fijo o equiparable como medida adecuada al derecho nacional para sancionar el abuso en la temporalidad;

(iii) Y, en el caso de que no fuera posible la asimilación como funcionario fijo o equiparable, si cabe el reconocimiento de indemnización penalizadora por la existencia de abuso en la contratación de empleados temporales y, en caso de respuesta afirmativa, cuáles serían los parámetros a tener en consideración a la hora de determinarla.

La sala mantiene la jurisprudencia sentada al respecto y considera que esta no es contraria a la interpretación del Acuerdo Marco que acompaña a la Directiva 1999/70/CE mantenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En todo caso, añade que quien haya sido objeto de nombramientos temporales abusivos, si acredita haber sufrido perjuicios por esa causa, tendrá derecho a ser indemnizado.

En su sentencia, razonará que: «nuestro Derecho, como hemos venido diciendo de manera constante, no permite convertir al personal temporal de la Administración en funcionario de carrera o personal fijo de la misma equiparable sin que medien los procesos selectivos previstos legalmente para acceder a esa condición. O sea, sin que se sigan, no cualesquiera formas de selección, sino procedimientos fundamentados en los principios constitucionales de mérito y capacidad e igualdad, convocados al efecto y resueltos con todas las garantías por órganos caracterizados por la objetividad en el desempeño de su función».

La sala resalta que estos procedimientos poseen unas características que les distinguen de los que se observan en el ámbito privado, del mismo modo que difiere

el régimen estatutario de los empleados públicos del que es propio de los trabajadores del sector privado, por lo que no son comparables como también afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 2024.

En estas sentencias, además, se destaca que en el caso de España el impedimento «no es de mera legalidad, sino de constitucionalidad», por lo que «admitir la conversión pretendida supondría, no ya una decisión *contra legem*, sino *contra Constitutionem*». Y añade que: «Vulneraría elementos esenciales de la configuración de la función pública dispuestos por el constituyente, centrales en su operatividad que, además, se integran en los derechos fundamentales de los aspirantes a acceder al empleo público y han sido asumidos por la conciencia social como rasgos distintivos de dimensión subjetiva de las Administraciones Públicas».

Por otra parte, la sala rechaza presentar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como se planteaba en uno de los recursos examinados, ya que considera que no solo se ha hecho esta petición tardíamente, sino porque con ella se «pretende eludir un pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de claridad cristalina, tan evidente en su sentido que ninguna duda puede suscitar, no ya al lector español, sino al de cualquier país de la Unión Europea, por circunscribirnos al ámbito en que se aplica su ordenamiento jurídico y, desde luego, a ningún juez».

Y, conforme a lo expuesto, la sala responderá a las cuestiones planteadas en el auto de admisión en el sentido que sigue:

«(i) la apreciación del uso abusivo de los nombramientos temporales exige la comprobación de que se reiteran o prolongan para cubrir necesidades no permanentes o estructurales; (ii) es contrario a la Constitución convertir en funcionario fijo o equiparable a quien haya recibido nombramientos temporales abusivos; (iii) el afectado por el abuso, de ser cesado fuera de los supuestos previstos legalmente para la terminación de la relación de servicio temporal, tendrá derecho a ser repuesto hasta tanto el puesto de trabajo desempeñado se cubra por funcionario público o se amortice; (iv) quien haya sido objeto de nombramientos temporales abusivos, si acredita haber sufrido perjuicios por esa causa, tendrá derecho a ser indemnizado en medida proporcionada a ellos o, en su caso, en la que establezca el legislador».

Como puede constatarse de sus conclusiones la jurisdicción contencioso-administrativa mantiene una posición bien distinta de la que se había ofrecido en el orden social.

III. ¿EN QUÉ CASOS SE PRODUCE ABUSO DE TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO?

En estrecha conexión con la cuestión anterior otra de las cuestiones de disputa en nuestro ordenamiento jurídico ha sido delimitar cómo y en qué condiciones se produce un abuso de temporalidad en las relaciones laborales que se producen en el empleo público. Y comencemos poniendo de relieve que cierto es, y no se puede negar, que efectivamente se han cometido abusos en el uso de la contratación temporal en las Administraciones públicas. Especialmente en ciertos sectores del empleo público.

El problema es que se ha generalizado la hipótesis, quiero decir la existencia de un abuso, a un alto porcentaje de casos de contratación temporal en base a un único dato: que hubiese transcurrido más de tres años de estar en dicha situación. Sin distinciones ni matices. Esa posición ha sido determinante para que más de una pregunta no haya encontrado una adecuada respuesta, a saber: ¿Implicaba dicha idea que esto necesariamente hubiera de generalizarse a toda la contratación temporal simplemente por el transcurso de tres años? ¿Habría o no de haberse tenido en cuenta otras circunstancias en forma más decisiva y, entre ellas a título de ejemplo, que la persona hubiera podido participar en procesos similares? ¿Se debiera haber reducido solo a aquellos supuestos en que efectivamente haya habido un abuso con todas las dificultades que dicha calificación jurídica presente?

El resultado de esa visión, a mi juicio poco acertada, ha sido un proceso generalizado de estabilización de personal temporal en estos años en plazas, puestos, etc. Un proceso que ha arrojado resultados más que inciertos, aunque no pueda negarse bien es verdad que ha solucionado algunas situaciones ciertamente sangrantes existentes en ciertos sectores del empleo público. Y es que, paradójicamente, tras finalizar las distintas etapas establecidas en la Ley 20/2021 nos hemos situado en la actualidad, a diferencia del sector privado, con más temporalidad en el empleo público que antes de que se iniciasen estos procesos lo que ha hecho que algún medio de información se haya hecho eco de dicha situación hablando de «bucle de temporalidad en el empleo público». Y, como corolario, que inclusive algunos grupos políticos hayan propuesto, como enmiendas al Proyecto de Ley de Función Pública de la Administración General del Estado, que directamente se haga fijos, sin necesidad de procedimiento alguno (para qué sirven), a todos los interinos o laborales temporales que superen el plazo de tres años dado el abuso que se ha cometido con ello. En cualquier caso, lo primero es saber cómo hemos llegado hasta aquí.

1. Las relaciones «inusualmente largas» en el empleo público: el plazo de tres años

La jurisdicción social, en el ámbito del empleo público, había mantenido posiciones encontradas, con distintas resoluciones jurisdiccionales tanto del TJUE como de nuestros tribunales, con relación a los efectos que, en el sector público, tenía una duración «inusualmente larga» de una relación laboral que superaba el plazo de tres años establecido en el artículo 70 EBEP para aprobar y ejecutar una oferta de empleo público.

La jurisprudencia del orden social había entendido que, al establecer el EBEP un plazo máximo para la cobertura de una vacante, había que entender que la relación laboral de un interino por vacante devenía en indefinida cuando se superaba el límite temporal máximo de tres años para la cobertura de la plaza previsto en el art. 70.1 de dicha norma (entre otras, SSTS 14 de julio 2014, rec. 1847/2013); 15 de julio 2014, rec. 1833/2013); y 14 de octubre 2014, rec. 711/2013).

No obstante, dicha tesis no había sido totalmente pacífica en los Tribunales Superiores de Justicia. De esta forma y, entre otras sentencias, la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 22 de marzo de 2018 (rec. 2736/2017) o la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de enero de 2017 (rec. 3047/2016) declararon, en esa situación y tras superar ese plazo, la condición de indefinida a la relación laboral. Pero, por su parte, otras sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de julio de 2012 (rec. 156/2009) o la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 22 de enero de 2014 (rec. 2191/2013) alcanzarían una conclusión distinta entendiendo que el transcurso de ese plazo no convertía en indefinida la relación laboral.

La doctrina del Tribunal Supremo (social), expresada en la sentencia de 24 de abril de 2019 (rec. 1001/2017), había concluido tras la jurisprudencia recaída en el ámbito europeo, y de acuerdo con la doctrina a estos efectos establecida en la conocida sentencia Montero Mateos (apartado 64), que el transcurso de un plazo inusualmente largo, con independencia de ese plazo de tres años establecido en el artículo 70 EBEP, de un contrato perfectamente válido era determinante para la conversión de dicho contrato en un contrato laboral indefinido no fijo. En el caso resuelto en esa sentencia la duración del contrato efectivamente había sido excesivamente largo (20 años).

No obstante, la sentencia de 5 de diciembre de 2019 (rec. 1986/2018), también en lo social, volvió a replantear el debate indicando que no bastaba el mero transcurso del tiempo, sino que era preciso indagar si esa duración «inusualmente larga» estaba o no justificada. En palabras del Tribunal Supremo:

«Y utilizamos expresamente la locución "injustificadamente larga" porque lo realmente determinante de la existencia de una conducta fraudulenta que hubiese de provocar la conversión del contrato temporal en indefinido no es, en modo alguno, que su duración resulte "inusualmente" larga; sino que la duración del contrato sea "injustificada" por carecer de soporte legal a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso. Una duración temporal del contrato que no se acomode a lo que resulta habitual puede ser perfectamente legal y estar plenamente fundamentada; sin embargo, cuando esa duración carece de soporte por ser injustificada tendrá como consecuencia que el contrato no pueda ser considerado temporal».

Es decir, y para resumir con brevedad, la cuestión que planteaba esa nueva línea jurisprudencial del Tribunal Supremo es que no bastaba que una relación laboral fuese «inusualmente larga», sino que se había de indagar, en cada caso concreto, si esa duración estaba o no justificada.

El Tribunal Supremo se apartaba, a mi juicio con acierto a pesar de las críticas que recibió dicha sentencia⁶, de un cierto automatismo en la conclusión de que bastaba que una relación laboral fuese en exceso dilatada —en nuestro ordenamiento se venía realizando dicha calificación por exceder del plazo de tres años establecido en el artículo 70 EBEP— para que la misma produjese una conversión del contrato temporal en un contrato indefinido. Y, a diferencia de otros comentarios ya reseñados, creo que es una conclusión correcta a pesar del voto discrepante existente en esa resolución jurisdiccional que señalaba que:

«Ahora bien, en modo alguno puedo compartir la lectura que el voto mayoritario hace del término expresamente manifestado por la sentencia del TJUE de "duración inusualmente larga", equiparándolo a la locución "injustificadamente larga", pues es obvio que estamos ante dos conceptos no equiparables. La palabra "inusualmente" es un adverbio de modo a partir del adjetivo "inusual", equiparado a anómalo, extraño, infrecuente, excepcional, insólito, etc., pero nunca a injustificado/a. Estimo pues, que no cabe la interpretación dada por la sala al término, para concluir con una expresión distinta a la señalada por el TJUE en un procedimiento efectuado en español, resolviendo asunto procedente de España (STJUE 5/06/2018 -C-677/ 16), del que no cabe duda alguna en los términos que se utiliza la expresión "duración inusualmente larga"».

En efecto, las críticas a la misma centradas como puede verse en la aparente fórmula empleada al sustituir el adverbio de modo «inusualmente larga» (apartado 64 sentencia Montero Mateos) por un adjetivo «injustificadamente larga», no parecían dar excesiva relevancia a algo que, al menos a mí, me parecía meridianamente

⁶ Puede verse a este respecto: <https://ignasibeltran.com/2020/01/27/a-proposito-del-apartado-64-montero-mateos-inusualmente-es-equivalente-injustificadamente/>

claro: lo inusual, para ser irregular y merecer una sanción jurídica, necesariamente ha de ser injustificado. Es decir, ha de ser calificado por un adjetivo. En realidad, y desde mi punto de vista, no existe una sustitución, ni efectivamente como indica el propio voto discrepante lo «inusual» puede equipararse a «injustificado». Lo «inusual» puede o no ser justificado y esa característica precisamente es lo que lo convierte o no en irregular.

Lo «inusual», insistamos, por sí mismo no puede ser equiparado a irregular y habrán de concurrir otros elementos para que esa duración «inusualmente larga» sea considerada irregular. Y es precisamente por esta razón por la que los tribunales europeos remiten a los órganos jurisdiccionales españoles la determinación de si, en un caso concreto, lo «inusualmente largo» puede o no merecer una sanción jurídica (STJUE de 5 de junio de 2018, C-677/16).

Todo ello con independencia del mayor o menor acierto del principal argumento escogido por el Tribunal Supremo para fundamentar la justificación (que también utilizó en la STS de 29 de noviembre de 2019, rec. 2732/2018), a saber: la crisis económica y con ella la paralización de las ofertas de empleo público a propósito de ellas acontecidas. Ciertamente, si en estos casos el TJUE ha señalado que no pueden amparar una temporalidad abusiva, no es menos cierto que dicha aseveración se realizó a propósito de la sucesión de contratos temporales y no en una situación de interinidad en vacante.

Sin embargo, y a pesar de este precedente, la sala IV, en la STS 28 de junio 2021 (rec. 3262/2019), aplicando la doctrina del TJUE en el asunto *IMIDRA* que rechazó la tesis de que la crisis económica pudiese amparar esa conclusión (sentencia de 3 de junio de 2021, C-726/19), corrigió su doctrina entendiendo que la superación del plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP precipitaba la calificación de indefinido no fijo.

Pues bien, creo que en su interpretación se ha ido un poco más allá de lo que la sentencia concluye. La sentencia *IMIDRA* no llega a la conclusión de que, en todo caso, el transcurso de tres años precipita esa conversión. En mi opinión dos cosas concluye dicha sentencia y no necesariamente se llega a la conclusión anterior: la primera, que no es conforme al derecho europeo una interpretación que lleve a concluir que se permite una renovación contractual sin un plazo preciso de finalización de esos procesos; la segunda, que las motivaciones económicas no son suficientes para alargar indefinidamente la contratación temporal. Pero lo que, desde luego, no concluye insistamos en ello es que, en todo caso y prescindiendo de cualquier consideración, el transcurso de tres años determine la conversión en indefinido no fijo.

2. La aplicación indiscriminada del criterio tiempo por la superación del plazo de tres años sin más: a propósito de la Ley 20/2021

Como ya sabemos la ley 20/21 autorizó un tercer proceso de estabilización de empleo público, adicional a los que regularon los artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, que incluiría las plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones públicas, y estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020.

Los términos utilizados por la norma no parece que otorgasen una decisión discrecional a la Administración para escoger aquellas plazas que se incluían o no en dicho proceso, aunque lo cierto es que, en el marco de dichos procesos de estabilización, terminaron por incluirse plazas que no respondían estrictamente a un abuso en la relación laboral.

La norma, recordemos, establecía tres elementos para determinar las plazas a incluir que derivan de los Acuerdos alcanzados sindicalmente:

- Uno positivo, plazas de naturaleza estructural que estén dotadas presupuestariamente.

- Otro negativo, no es necesario que la plaza se encuentre en plantilla, RPT o cualquier otro instrumento.

- Y un último temporal que estuviesen ocupadas de forma temporal e ininterrumpida al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020.

Desde luego el requisito más problemático era el requisito de que dichas plazas tuvieran la característica de ser estructurales para su inclusión en la correspondiente oferta de empleo público. Atendiendo a la dicción de la Ley estábamos frente a un concepto jurídico indeterminado —no frente al ejercicio de una facultad discrecional— en el contexto de la norma que lo contempla. Y recordemos también, a estos efectos, que en los conceptos jurídicos indeterminados se emplean, bien por voluntad del legislador o sencillamente por imposibilidad de hacerlo de otra manera, conceptos que están dotados de una cierta indeterminación. Y este era el caso que nos ocupaba.

Pues bien, conforme a ese criterio, las resoluciones interpretativas dictadas desde el Ministerio realizaron una interpretación generosa de ese requisito, ampliada

dicha interpretación, a su vez, en la aplicación práctica de esos preceptos por las distintas Administraciones públicas que determinaron un gran número de supuestos en que se procedió a incluir plazas (o huecos) en esos procesos de estabilización a fin de que mediante procesos blandos de selección se alcanzase la condición de fijeza en el empleo público. Todo hay que decirlo no siempre suficientemente justificados dado el criterio seguido del tiempo como justificativo del abuso y al margen de cualquier otra consideración.

3. La puesta en pared de la jurisdicción contencioso-administrativa frente al criterio del mero transcurso del tiempo como causa del abuso

A contracorriente de lo hasta aquí acontecido la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en las recientes sentencias a las que se ha aludido al comienzo, ha rechazado la idea de que el simple transcurso del tiempo devenga en abuso recuperando, en mayor o menor medida, la tesis inicial mantenida en el orden social de la que se dio cuenta con anterioridad y alejándose de la mantenida en la Ley 20/2021. En efecto, las SSTs de 19 de febrero de 2025, (rec.1602/2024) y de 25 de febrero de 2025, rec.4436/2024 y 7099/2022) han abordado dicha cuestión.

Y, de esta manera se razona en la primera de las sentencias citadas:

«4. Cabe entender así que hay una temporalidad regular, admisible y, como tal, legalmente prevista, de forma que no cabe hablar de temporalidad abusiva o fraudulenta por el mero cómputo de años de una relación de servicios temporal si es que el interino es llamado puntualmente para servir una vacante en tanto se cubre mediante funcionarios de carrera, bien sea de nuevo ingreso, o bien mediante concurso de traslado entre quienes ya lo son. En estos casos de temporalidad regular y no abusiva, el desempeño del puesto será regular al ser por el tiempo que media entre que se produce la vacante y se otorga en propiedad a un funcionario de carrera, en los plazos legales».

Y añade que:

«5. También cabe esa temporalidad regular cuando, para plazas que tienen titular, el funcionario interino es nombrado para llamamientos por la causa del artículo 10.1.b) del EBEP —baja del titular, comisiones de servicio, permisos o licencias, etc.— o para ejecución de programas de carácter temporal artículo 10.1.c) del EBEP. Y cabe, en fin, cuando es para tareas de refuerzo [artículo 10.1.d) del EBEP], que serán tales si son realmente temporales o coyunturales, pero si el refuerzo se torna indefinido, se estará de hecho ante una plaza que debe considerarse vacante estructural, como tal preverse en las plantillas, luego ofertarse su cobertura de forma regular a funcionarios de carrera».

Para concluir que es preciso atender al caso concreto para determinar los supuestos que han motivado la temporalidad a fin de discernir si existe o no efectivamente un abuso:

«6. A partir de estas reglas generales la Sala ha declarado que apreciar el abuso lleva a un juicio casuístico (cfr. sentencia 78/2023, 24 de enero, casación 3960/2021). Tal casuismo se plantea, ya sea en la aplicación de la normativa general sobre la función pública, básica o autonómica, o ya sea atendiendo a cada sector o ámbito de la actividad administrativa (cfr. párrafos 67 a 71 de la sentencia TJUE de 26 de noviembre de 2014, ya citada), lo que confirma la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco al referirse a las "necesidades de los distintos sectores"; y a su vez, sea en un ámbito u otro, al casuismo de cada sector hay que añadir las circunstancias de cada nombramiento (cfr. sentencias 1401/2021, de 30 de noviembre y 1449, 1450 y 1451/2021, todas de 10 de diciembre, casaciones 6302, 6674 6676 y 7459/2018, respectivamente)».

Y en el caso de las sentencias citadas de 25 de febrero se añadirá que:

«Hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre los criterios que permiten apreciar abuso en la utilización por parte de la Administración de nombramientos temporales. En último extremo, se puede decir que son abusivos cuando con ellos se quieren atender necesidades de carácter estructural en lugar de a las de naturaleza circunstancial para las que han sido previstos por la ley. Así, hay abuso en los nombramientos temporales que se mantienen o reiteran a lo largo de los años para desempeñar el mismo puesto vacante sin que se proceda a su convocatoria para su provisión por funcionario de carrera, o en los de concatenación de sucesivos nombramientos para el mismo puesto o para distintos puestos de semejante contenido. Naturalmente, la determinación del abuso requiere del examen de las circunstancias singulares a fin de establecer que, efectivamente, se ha recurrido de manera reiterada a personal temporal para atender necesidades permanentes [sentencias n.º 1401/2021, de 30 de noviembre (casación n.º 6302/2018); n.º 1451/2021, de 10 de diciembre (casación n.º 7459/2018); n.º 1450/2021, de 10 de diciembre (casación n.º 6676/2018); n.º 1449/2021, de 10 de diciembre (casación n.º 6674/2018); y sucesivas]».

En definitiva, lo que es temporal no puede ser considerado estructural simplemente por la presunción de que el paso del tiempo muta su naturaleza.

IV. LAS INDEMNIZACIONES COMO CONSECUENCIA DE LOS ABUSOS DE TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

Y esta es la tercera cuestión que la reciente jurisprudencia de la sala tercera del Tribunal Supremo ha abordado en las sentencias de 25 de febrero y no es una cuestión menor. A saber, las eventuales indemnizaciones que hayan de hacerse efectivas como consecuencia de dichas situaciones.

La cuestión venía rodando desde las primeras sentencias dictadas por el TJUE sobre este asunto como la *De Diego Porras*, con posterioridad matizada por la sentencia *Montero Mateo*, hasta las más recientes dictadas en febrero y junio de 2024 que de nuevo planteaban nuevos posicionamientos respecto de la cuestión referida. Lo cierto es que, al menos en mi opinión, este tejer y destejer del tribunal europeo, al que por otra parte no parece corresponda ofrecer la solución concreta que haya de darse a la cuestión, no ha contribuido a remediar el desconcierto existente en la materia y su consecuencia es la interminable serie de cuestiones prejudiciales planteadas por nuestros tribunales a fin de aclarar el alcance de la cláusula 5 del acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70. Y todo ello aderezado con posiciones encontradas entre la jurisdicción social y la jurisdicción contenciosa y sin una intervención decidida por parte del legislador.

Si bien en las anteriores cuestiones analizadas me he mostrado, con carácter general, básicamente de acuerdo con la posición de la sala 3ª, me temo que resulta más complicado coincidir en esta tercera cuestión que en este trabajo analizamos. Al menos no totalmente.

1. La cuestión planteada: si procede o no indemnizaciones sancionatorias por el abuso en la temporalidad y en qué condiciones

Recordemos, en primer lugar, el objeto de estas indemnizaciones. Y es que la cláusula 5 del acuerdo marco no establece sanciones específicas en caso de que se compruebe la existencia de abusos, sino que prevé que, en tales casos, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco de tal forma que se evite el abuso en la temporalidad.

Recordemos también que, como declara la propia sentencia de 25 de febrero, no es posible en estos casos de abuso de temporalidad en el empleo público proceder, por razones constitucionales, a declarar la fijeza en el empleo público. En opinión de la sala «nuestro Derecho, como hemos venido diciendo de manera constante, no permite convertir al personal temporal de la Administración en funcionario de carrera o personal fijo de la misma equiparable sin que medien los procesos selectivos previstos legalmente para acceder a esa condición. O sea, sin que se sigan, no cualesquiera formas de selección, sino procedimientos fundamentados en los principios constitucionales de mérito y capacidad e igualdad, convocados al efecto y resueltos con todas las garantías por órganos caracterizados por la objetividad en el desempeño de su función».

Y hasta ahí creo que es una opinión que puede compartirse. Ahora bien, en forma complementaria a dichas declaraciones, la sala 3ª ha mantenido que las eventuales indemnizaciones que se haya de reconocer como consecuencia del abuso de temporalidad han de ser reconducidas a la institución de la responsabilidad patrimonial, al no existir en el ordenamiento jurídico español indemnizaciones de naturaleza sancionadora y, con ello, exigirse la concurrencia de un daño o un perjuicio (baste por todas señalar la de STS de 22 de febrero 2023, rec. 3841/2021 que se sumaría a otras en la misma línea dictadas en 2021).

En esa tesitura, y respecto de este concreto punto, el recurrente argumentaría en el recurso que es objeto de la STS de 25 de febrero de 2025 que, si no cabía la asimilación a funcionario fijo o equiparable para penalizar el abuso producido, tendría que ser posible la indemnización penalizadora del abuso y, en tal caso, se plantea cuáles serían los parámetros a considerar para determinar la misma. Y respecto de esta cuestión solicitaba que se planteara una cuestión prejudicial basada en los siguientes razonamientos:

«29. SEXTA: Si, al no existir en el Derecho español, de raíz latina, indemnizaciones de naturaleza sancionadora y disuasoria —propias del Derecho anglosajón—, y en tanto que las indemnizaciones previstas en el ordenamiento jurídico español, únicamente se abonan a los empleados públicos en el momento del cese o extinción de la relación de empleo y para el caso de que la víctima del abuso no supere el proceso selectivo para adquirir la condición de fijo, estando estas indemnizaciones topadas a 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, sin que —como exige la STJUE de 7/3/2018, Santoro, y su Auto de 8/1/2024, C-278/23— vayan acompañadas de una compensación por la pérdida de oportunidades, ni por ningún otro mecanismo adicional de sanciones efectivo y disuasorio, ¿tales indemnizaciones pueden ser concebidas como medidas sancionadoras efectivas y proporcionadas que presentan garantías protección de los trabajadores con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminarlas consecuencias de la inflación del Derecho de la Unión, en los términos de la cláusula 5 del Acuerdo marco?

30. SÉPTIMA: ¿Si el hecho del que el ordenamiento jurídico español exija de la víctima la prueba del daño perjuicio sufrido, vulnera el principio comunitario de efectividad, en cuanto que esta exigencia de prueba impuesta por el Derecho nacional hacen prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio por parte de los trabajadores públicos de su derecho a la reparación del perjuicio sufrido debido al recurso abusivo por parte del empleador público de sucesivos contratos temporales y con ello, la posibilidad de eliminar las consecuencias de tal infracción del Derecho de la Unión?

O, dicho de otra manera:

Si, a los efectos de acreditar y cuantificar los daños y perjuicios y, específicamente, la pérdida de oportunidad desde empleo o la desprotección, riesgos, inseguridad vulnerabilidad y angustia que toda precariedad conlleva, es conforme con la Directiva 1999/70/CE la jurisprudencia de los juzgados y tribunales españoles que residencia en la víctima del abuso la carga de la prueba a la hora de demostrar unos perjuicios difusos, internos y de indudable dificultad probatoria, como son los relativos a la pérdida de oportunidades profesionales o la desprotección, riesgos, inseguridad vulnerabilidad y angustia que toda precariedad conlleva, en lugar de presumir, como resulta de los apartados 50 a 54 de la STJUE Santoro, de 7 de marzo de 2018, C- 494/16 o del apartado 32 del ATJUE de 12 de diciembre de 2013, Papalia, C-50/13, que si la Administración infractora hubiera organizado unos o más procesos selectivos 21 con la regularidad legalmente exigible, el empleado, víctima del abuso, lo habría superado y no habría padecido».

Nos hemos quedado sin saber la respuesta a la misma ya que, en opinión del tribunal, no había lugar al planteamiento de esta cuestión prejudicial ya que razona:

«Debemos rechazar esta petición, no sólo porque se nos haya hecho tardíamente, sino porque pretende eludir un pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de claridad cristalina, tan evidente en su sentido que ninguna duda puede suscitar, no ya al lector español, sino al de cualquier país de la Unión Europea, por circunscribirnos al ámbito en que se aplica su ordenamiento jurídico y, desde luego, a ningún juez. El Tribunal de Justicia se ha manifestado en el apartado 116 de la sentencia con pleno conocimiento de los términos en que está regulado en España el acceso al empleo público y, en particular, la adquisición de la condición de funcionario de carrera. Y, naturalmente, conoce sobradamente el alcance que se ha de dar al Acuerdo Marco que acompaña a la Directiva 1999/70/CE. Por eso, la claridad manifiesta de sus palabras se hace todavía más evidente y lleva a descartar cualquier incertidumbre».

Discutible opinión del tribunal sobre todo si, como se sabía, ya había sido planteada una cuestión prejudicial por la sala 4ª solicitando que se aclarasen algunos de estos extremos a la que con anterioridad nos hemos referido lo que, cuando menos, indica que la solución no parece tan diáfana como parece desprenderse del razonamiento realizado por la sala 3ª.

2. La posición de la Sala 3ª del Tribunal Supremo: reconducción de la eventual indemnización a la existencia de daños y perjuicios o a lo que establezca la Ley

En opinión del recurrente una mera indemnización por extinción de contrato no era suficiente para alcanzar el objetivo de la cláusula 5, y si se concluyese que la in-

demnización por cese es acorde con la Directiva, en todo caso mantenía que había de ser proporcionada y efectiva para disuadir el empleo del abuso y garantizar la estabilidad en el empleo. De esta forma, defendió que no debía haber topes, como los de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para reducir la temporalidad en el empleo público, y había de ser adecuada e íntegra y compensar la totalidad de los daños entre los cuales habría de incluirse la pérdida de oportunidades de empleo y de ingresos, el lucro cesante, las condiciones de edad y de sexo, y los daños morales inherentes al abuso cuya prueba podría establecerse mediante presunciones.

El Tribunal rechaza dicho planteamiento y mantiene, como sin fisuras lo ha hecho desde 2021, que:

«Y, sobre la indemnización de los perjuicios que puedan haber sufrido quienes hayan sido objeto de nombramientos temporales abusivos, de un lado, hemos recordado que nuestro ordenamiento jurídico no conoce la figura de las indemnizaciones de carácter punitivo que, si bien existe en algunas legislaciones, no es propia de las que se inscriben, como la española, en el llamado sistema continental. Y, de otro, hemos dicho que las pretensiones de resarcimiento por esta causa deben apoyarse en la justificación de los perjuicios efectivamente sufridos [sentencias n.º 1401/2021, de 30 de noviembre (casación n.º 6302/2018) y posteriores, antes citadas]. Naturalmente, la cuantía de la indemnización en las ocasiones en que se considere procedente habrá de corresponderse con la entidad de los daños de toda naturaleza sufridos y que sean imputables al abuso. O, de ser el caso, en la medida en que establezca el legislador».

Es decir, reconduce al instituto de la responsabilidad patrimonial las eventuales indemnizaciones que puedan proceder por dicha circunstancia lo que, como fácilmente se podrá concluir, dificulta, dadas las exigencias que comporta, la obtención de una indemnización.

V. CONCLUSIONES: UN DEBATE TODAVÍA PENDIENTE EN QUE NUEVOS CAPÍTULOS HABRÁN DE SER ESCRITOS

En efecto, si nos detenemos a analizar lo acontecido hasta el momento, me inclinaría a decir que solo estamos ante un punto y seguido ya que, una vez y otra, estos debates se viene reabriendo a golpe de sentencias del TJUE. De hecho, hay varias cuestiones prejudiciales pendientes.

Ciertamente, y si nos referimos a la primera cuestión planteada en este trabajo, la declaración de fijeza en el empleo público, el propio TJUE ha ido formándose criterios y la última sentencia de junio de 2024 puede ser paradigmática en este sentido, pero todavía subsisten algunas dudas que han motivado las distintas cuestiones prejudiciales pendientes.

No menos cierto es, además y para añadir complejidad a este asunto, que existen matices en esta cuestión derivadas del régimen jurídico de aplicación a los empleados públicos: laboral o estatutario y funcionarial. Y es que, como es conocido, el criterio del Tribunal Constitucional se concretó, sin que haya declaraciones posteriores suficientemente elocuentes, en que los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución no se aplican a la contratación de personal laboral (STC 38/2007). Y dicha conclusión determinaba que la figura de los contratados laborales indefinidos no fijos, basada en la prioridad de los principios de igualdad, mérito y capacidad, derivaba exclusivamente de una interpretación de legalidad ordinaria y no constitucional, basada en el principio de *lex specialis* que tiene la legislación administrativa respecto a la laboral. Y parece que de ello podría deducirse, por tanto, que el reconocimiento de la fijeza, en el ámbito de los contratados laborales en el empleo público, no produciría un conflicto entre la Constitución y el derecho de la Unión Europea.

En cualquier caso, estamos todavía en una discusión que, a salvo de un pronunciamiento aún más rotundo y clarificador del TJUE, no parece que esté cerca de resolverse. Así, y a pesar de la última sentencia de junio de 2024 de ese Tribunal, pueden encontrarse tanto opiniones favorables a la conversión en fijos de estos empleados públicos como opiniones contrarias⁷. Y es que la jurisprudencia del TJUE, con este tejer y destejer en la temporalidad que dura ya varios años, ha puesto en en jaque los paradigmas que hasta ahora se habían mantenido sin fisuras en el empleo público y veremos si hay que recomponerlos. Habrá que esperar a los siguientes capítulos.

En cuanto a la segunda cuestión planteada ya hemos visto que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo rechaza la idea de que el simple transcurso del tiempo devenga en abuso, en unos casos será una temporalidad regular (artículo 10.1.b y c EBEP) y, en el resto de los casos, deberá atenderse a un juicio casuístico.

Si bien es más que cierto que no se puede ocultar la incidencia que la Directiva 1990/70 CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada ha tenido y tiene en el ordenamiento jurídico español, y que se sintetiza en la propia doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que dispone que: «las autoridades españolas tienen que instaurar medidas efectivas que disuadan, y en su caso sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad; y que las diferencias en el régimen del personal laboral temporal y del fijo deben basarse únicamente en razones objetivas que puedan demostrar la necesidad de estas diferencias para lograr su fin», otra cosa

⁷ Puede verse, a este respecto, las siguientes entradas de destacados laboristas: <https://www.hayderecho.com/2024/06/26/medidas-contra-legem-contratacion-temporal/> y <https://ignasibeltran.com/2024/06/13/stjue-13-de-junio-2024-c%E2%80%9991331-22-y-c%E2%80%9991332-22-generalidad-de-cataluna-la-fijeza-no-puede-exigirse-si-es-contra-legem/>

es que la solución acertada, en nuestro marco constitucional como denunció CANTERO MARTÍNEZ (2024), sea la que se ofreció en febrero de 2024 por el TJUE que, con posterioridad como sabemos, se corrigió en junio de ese mismo año.

Y es que en lo que se refiere a nuestro ordenamiento interno sí que resulta preciso preguntarse si las distintas medidas adoptadas con la Ley 20/2021 hayan dado cabal respuesta a esa problemática. Desde luego no parece que las propias instituciones europeas, que ya se han mostrado en contra, consideren que se haya dado plena satisfacción a esa situación.

Pero es que, además, y como hemos señalado con anterioridad, hoy tenemos más interinos que antes de los procesos de estabilización. Las causas son variadas (y conocidas): la alta tasa de jubilaciones que se están produciendo en el sector público sin que exista planificación alguna para hacer frente a dicha realidad, la larguísima duración de los procedimientos para cubrir de forma definitiva las vacantes, la permanencia del interino por programas (a diferencia del sector privado donde se ha suprimido el contrato de obra o servicio), etc. Pero de ahí a sustituir el principio de mérito por la mera permanencia prestando servicios en el sector público va un cierto trecho que no deberíamos recorrer. Al menos a mí me lo parece sobre todo porque discrepo de la mayor, a saber: que prestar por más de tres años servicios en el sector público constituya un abuso. Es más, y hay que empezar a decirlo, en ocasiones creo que estamos en situaciones de privilegio frente a los trabajadores del sector privado y frente a otros ciudadanos que para sí lo quisieran.

Esa generalización del concepto abuso que luego, en la práctica de estos procesos de estabilización se ha incrementado casi en forma exponencial a todo tipo de situaciones, no creo que haya sido la mejor respuesta que el monumental problema merecía. Si efectivamente pienso que nadie pone en cuestión que algo había de hacerse en los casos en que efectivamente se hubiese cometido un abuso, lo cierto es que esa hipótesis, presente sin duda alguna en determinados sectores del empleo público en ciertas circunstancias donde podía detectarse esa patología de forma más o menos generalizada (sanidad, educación, etc.), no lo era tanto, sin embargo, en otros sectores del sector público en general. Y por ello las soluciones quizás no debían haber sido extrapoladas a todas las Administraciones ni a todas las situaciones de temporalidad existentes. Mucho menos aceptar como una propuesta a considerar que la mera permanencia de más de tres años en el empleo público determine, por sí sola, la conversión en fijo del personal temporal en esa situación como se ha propuesto por alguna formación política y se reivindica insistentemente por las plataformas de interinos.

Pero, en segundo lugar, quizás también habría que repensar la hipótesis de que un 8 % de temporalidad es una situación ideal necesariamente en todos los sectores del empleo público. ¿Estamos seguros de que la Administración que ha de hacer fren-

te a los retos que hoy tiene planteados la sociedad española no requiere mayores índices de temporalidad atendiendo a las riesgos, necesidades cambiantes e imprevistos a los que habrá de hacer frente en un entorno cambiante como el actual o como el que se deriva de Administraciones que abandonen los clásicos paradigmas organizativos pensados para otro tiempo o lugar? ¿Está justificado ese 8 % igual en las distintas Administraciones con funciones y competencias de muy distinta veste?

En fin, que creo que hay darle una vuelta a todo esto. Y es que también resulta lícito que nos preguntemos, como no hace mucho hicieron han hecho algunos autores⁸, si la normativa europea, dictada hace más de dos décadas y representada por el Acuerdo Marco en este supuesto, se adapta al momento actual de disrupción tecnológica y reordenación funcional que implica cambios en la forma y manera de prestación de servicios y en el que el mercado de trabajo atraviesa un periodo de incertidumbre.

Por último, y con relación a la última de las cuestiones planteadas es preciso preguntarnos sobre si satisface la institución de la responsabilidad patrimonial las exigencias de la cláusula 5ª del acuerdo marco. Y es que la cuestión capital, en este tercer aspecto, no es otra que la de determinar si las medidas que se adopten para evitar el abuso en la temporalidad han de ser suficientemente disuasorias como para evitar que esta vuelva a producirse. Esta y no otra es la cuestión y el desvío de ese objetivo es el que nos trae en jaque.

Reiteremos, asimismo, que el propio Tribunal Supremo ha desestimado la posibilidad de que esa medida pueda consistir en la declaración de fijeza por imperativos constitucionales, ni que tampoco acudir a la normativa laboral sea posible ya que no existe identidad de razón (STS de 22 de febrero 2023, rec.3841/2021), sin que, por otro lado, reconocer el derecho a la subsistencia de la relación de empleo, con los correspondientes derechos profesionales y económicos, hasta que la vacante que desempeñaba sea cubierta por un funcionario público mediante los correspondientes procesos selectivos y de provisión de puestos de trabajo o hasta que se amortice, parezca suficiente a tenor de esa jurisprudencia ya que dicha consecuencia, que se limita a mantener la situación anterior al cese, no es una medida disuasoria en la medida, además, en que la misma solo procede cuando el cese no sea ajustado a derecho obviando, de esta forma, la penalización del abuso (STS de 26 de septiembre de 2018, rec.1305/2017).

Y al respecto, basta aludir, como el propio TJUE realiza en la sentencia de 13 de junio de 2024 (C-331/22 y C-332/22), a los siguientes razonamientos:

⁸ <https://www.hayderecho.com/2021/07/06/la-temporalidad-enquistada-en-el-empleo-publico-la-temporalidad-futura-como-problema-institucional/>

«los principios de proporcionalidad y de reparación íntegra del perjuicio sufrido, debe interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia y a una normativa nacionales que contemplan como medidas para sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, respectivamente, el mantenimiento del empleado público afectado hasta la convocatoria y resolución de procesos selectivos por la Administración empleadora y la convocatoria de tales procesos y el abono de una compensación económica con un doble límite máximo en favor únicamente del empleado público que no supere dichos procesos, cuando esas medidas no sean medidas proporcionadas ni medidas suficientemente efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en virtud de dicha cláusula 5».

Pues bien, si esto es así no parece, y no veo otra solución más factible, sino que necesariamente haya de concluirse que la única salida viable sea establecer una indemnización adecuada y suficiente a fin de evitar que esas situaciones hayan de producirse. Y además creo que la solución no puede venir de ofrecer alternativas distintas en el ámbito laboral y administrativo. Los abusos, de existir, no parece que debieran distinguirse por el distinto régimen jurídico de la relación de empleo.

Llámesese sancionadora o llámesese de otra forma dicha indemnización lo cierto es que las exigencias que el instituto de la responsabilidad patrimonial comporta como respuesta al abuso de la temporalidad no parecen adecuarse al sentido y finalidad que se derivan de la cláusula 5ª del acuerdo marco. Una indemnización, que al parecer es la única medida que podría articularse dado el callejón sin salida en que parece que estamos instalados, ha de compensar necesariamente los efectos adversos que el abuso produce, cuando exista eso sí, pero también pienso que de la jurisprudencia del TJUE no se desprende en forma necesaria que se haya de probar la existencia de un perjuicio sino que lo que se sanciona es en sí mismo el abuso para prevenirlo como se ha razonado, a mi juicio con acierto, por algún autor⁹.

El legislador o las salas 3ª y 4ª habrán de dar una vuelta a esta cuestión. No vendría mal ya que, por ahora, se impone la espera hasta que la cuestión prejudicial planteada por la sala 4ª se resuelva. Y cuando se produzca la resolución a esa cuestión ya veremos porque también hemos esperado en otras ocasiones soluciones a esta cuestión del TJUE, como si de este dependiera ofrecer la solución que solo a nuestros órganos legislativos o judiciales corresponde, y luego como consecuencia de ello hemos seguido con dudas y más dudas.

⁹ <https://ignasibeltran.com/2023/03/09/la-administracion-no-puede-ser-condenada-a-una-indemnizacion-sancionadora-por-abuso-en-la-temporalidad-una-valoracion-critica-sts-c-a-22-2-23/>

VI. BIBLIOGRAFIA

- BOLTAINA BOSCH, X., *Los procesos selectivos de estabilización del empleo público temporal. Comentarios a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de reducción de la temporalidad y normas de desarrollo*, Bomarzo, 2022.

- BOLTAINA BOSCH, X., «La reducción de la temporalidad en el empleo público local: la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, y su aplicación a la Administración y sector público local durante 2022 y 2023», *Anuario de Derecho Municipal*, n.º 16, 2023, pp. 141-177.

- CANTERO MARTÍNEZ, J., *Temporalidad y estabilización en el empleo público*. Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

- CANTERO MARTÍNEZ, J., «El acceso al empleo público laboral en la encrucijada», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 235, 2024.

- FUENTETAJA PASTOR, J., «La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización», *Revista de Administración Pública*, n.º 212, 2020, pp. 201-230.

- ROQUETA BUJ, R., *Los procesos de estabilización y consolidación de empleo temporal en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, 2022.

La transparencia en los órganos de relevancia constitucional: balance y propuestas

Transparency in constitutionally relevant bodies: assessment and proposals

Alejandra Boto Álvarez

Profesora titular de Derecho Administrativo

Universidad de Oviedo

<https://orcid.org/0000-0002-7616-1236>

RESUMEN: Dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, uno de los aspectos más polémicos es la amalgama de su art. 2.1 f). Tanto que el propio Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) se ha esforzado en varias ocasiones en aclarar la sistemática que subyace en el precepto al presentar su actividad de evaluación, que tiende a englobar a aquellos sujetos en un mismo grupo, a veces junto con otros (órganos constitucionales, de relevancia constitucional, reguladores).

De conformidad con el criterio del CTBG, para este trabajo se considerarán como «órganos de relevancia constitucional»: (i) el Defensor del Pueblo; (ii) el Tribunal de Cuentas; (iii) el Consejo de Estado; (iv) el Consejo Económico y Social, y (v) la Fiscalía General del Estado. Lo que se busca es analizar y comparar el grado de cumplimiento de sus obligaciones de transparencia.

El trabajo se acomete a partir de la información publicada por el CTBG en sucesivas memorias e informes de evaluación, teniendo en cuenta la evolución tanto del desempeño subjetivo como de la propia metodología evaluadora. Así, mientras que los resultados de la primera evaluación (2016) condujeron a considerar a estos sujetos como un ejemplo en la implantación de la transparencia, evaluaciones posteriores (2021) han dado lugar a resultados variopintos, tanto en materia de publicidad activa como, sobre todo, en la gestión del derecho de acceso. Algunos de estos órganos han tenido incluso que someterse a evaluaciones posteriores de seguimiento por presentar bajos niveles de cumplimiento. El análisis culmina con la formulación de diferentes propuestas de mejora en todos los frentes tratados.

Recibido: 23-11-2024

Aceptado: 22-05-2025

ABSTRACT: Within the subjective scope of Law 19/2013, of 9 December, on transparency, access to public information, and good governance, one of the most controversial aspects is the mixture addressed by art. 2.1 f). Indeed, the Council for Transparency and Good Governance (CTBG) has endeavoured on several occasions to clarify the systematic approach underlying the precept when presenting its evaluation activity, which tends to include these subjects in the same group, sometimes together with others (constitutional bodies, bodies of constitutional relevance, regulators).

Following the CTBG's criteria, the following will be considered as 'bodies of constitutional relevance' for this paper: (i) the Ombudsman; (ii) the Court of Audit; (iii) the Council of State; (iv) the Economic and Social Council; and (v) the State Attorney General's Office. The aim is to analyse and compare the degree of compliance with their transparency obligations.

The work is based on the information published by the CTBG in successive summaries and evaluation reports, taking into account the evolution of both subjective performance and the evaluation methodology itself. Thus, while the results of the first evaluation (2016) led to considering these bodies as an example in the implementation of transparency, subsequent assessment (2021) have yielded different results, both in terms of active publicity and, above all, in the management of the right of access. Some of these bodies have even had to undergo subsequent follow-up evaluations due to low levels of compliance. The analysis culminates with the formulation of different proposals for improvement on all the fronts addressed.

PALABRAS CLAVE: evaluación de cumplimiento, órganos de relevancia constitucional, publicidad activa, derecho de acceso, gestión de solicitudes.

KEYWORDS: compliance assessment; bodies of constitutional relevance; active publicity; right of access; handling of request.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. METODOLOGÍA DE TRABAJO: LAS EVALUACIONES DISPONIBLES Y SU ALCANCE. III. EL DEFENSOR DEL PUEBLO. 1. Publicidad activa. 2. Derecho de acceso. IV. EL TRIBUNAL DE CUENTAS. 1. Publicidad activa. 2. Derecho de acceso. V. EL CONSEJO DE ESTADO. 1. Publicidad activa. 2. Derecho de acceso. VI. LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. 1. Publicidad activa. 2. Derecho de acceso. VII. EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. 1. Publicidad activa. 2. Derecho de acceso. VIII. A MODO DE CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. IX. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN¹

Dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, uno de los aspectos más polémicos es la amalgama que contiene su art. 2.1 f)². Allí se incluyen sujetos de muy diversa naturaleza, cuyo tratamiento conjunto ha merecido importantes críticas en la doctrina³. Tan controvertida resulta la sistemática del precepto, que el propio Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) se ha esforzado en explicarla al presentar su actividad de evaluación, que engloba la mayor parte de aquellos sujetos en un mismo grupo (bajo la categoría de «órganos constitucionales y de relevancia constitucional»).

No siempre ha sido capaz de mantener, empero, un criterio uniforme y tampoco se ha preocupado siempre por explicar a qué categoría debía reconducirse cada individuo de la muestra. De hecho, hasta el año 2021, a efectos de evaluación, el CTBG incluía en el mismo grupo de los sujetos del art. 2.1 f) de la Ley 19/2013 a los organismos reguladores/autoridades independientes de ámbito estatal⁴. Las razones de la configuración de esa muestra (que constituía el llamado grupo I) se justificaron en su momento por la necesidad de iniciar un abordaje posibilista a falta de la herramienta informática de evaluación que estaba entonces en construcción y por entender que los organismos elegidos eran la representación del Estado al más alto nivel, con mayor carga representativa y con independencia en el ejercicio de su actividad⁵.

Desde 2021, el CTBG desgaja ya el grupo en dos divisiones (Ia: órganos constitucionales y de relevancia constitucional; Ib: órganos supervisores, reguladores y autoridades administrativas independientes). Dentro del primero de estos grupos, el

¹ El presente texto trae causa en la comunicación titulada «Evolución-evaluación de la transparencia en los órganos de relevancia constitucional: de lo ejemplar a lo excelente... con margen de mejora», presentada en el IX Congreso Internacional de Transparencia, celebrado en la ciudad de León durante los días 25 a 27 de septiembre de 2024.

² Allí se hace referencia a la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, que se sujetan a las disposiciones de la Ley en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo. Esta forma de delimitar también el ámbito objetivo resulta asimismo muy criticada en la academia.

³ Por todos, con gran acidez: ANDREU LLOVET, R. (2022: 441-445).

⁴ Según la memoria de 2017, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), el Consejo de Seguridad Nuclear (CSN), la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y el propio CTBG, que se evaluó por primera vez de forma exhaustiva (aunque sólo respecto de la publicidad activa) en esa anualidad.

⁵ CTBG. Informe de evaluación de los órganos constitucionales y reguladores (marzo de 2017): 6. El informe, como todos los documentos instrumentales aquí manejados puede encontrarse en la página web institucional del CTBG [última consulta, 30 de agosto de 2024].

CTBG ha considerado como «órganos de relevancia constitucional»⁶ el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo de Estado y el Consejo Económico y Social, además de la Fiscalía General del Estado⁷. Esos serán los sujetos que se tendrán en cuenta en este trabajo.

Lo que se busca es analizar y comprender el grado de cumplimiento de las obligaciones de transparencia por parte de los órganos seleccionados. Se realiza a partir de la información publicada por el CTBG en sucesivas memorias e informes de evaluación, teniendo en cuenta también la evolución, tanto de su desempeño, como de la propia metodología evaluadora. Por eso se presta atención inicial a esta, para después estudiar el rendimiento en materia de transparencia de los órganos seleccionados, según la conocida dicotomía de publicidad activa y derecho de acceso. La reflexión se cierra con algunas propuestas de mejora a la vista de los hallazgos más relevantes.

II. METODOLOGÍA DE TRABAJO: LAS EVALUACIONES DISPONIBLES Y SU ALCANCE

Ya se ha dicho que este estudio discurre con apego a las evaluaciones técnicas del CTBG⁸, con enfoque específico en los órganos de relevancia constitucional. A su luz se realizará un análisis longitudinal, para después formular una serie de recomendaciones de mejora.

Esta fórmula de trabajo supone una limitación importante de partida, que lleva a renunciar a un enfoque que pudiera explorar la perspectiva comparada fuera de nuestras fronteras. Y es que la metodología empleada en las evaluaciones del CTBG está en gran medida apegada al diseño legal de las obligaciones cuyo cumplimiento examina⁹. Ese marco normativo es, obviamente, propio de cada contexto legislador y el objeto de este trabajo tampoco es cuestionarlo¹⁰. Cualquier comparación global requiere marcos interpretativos comunes¹¹, de ahí que no existan en realidad metodologías definitivas¹². En la medida además en que este estudio se centra en unos sujetos muy concretos dentro de los poderes públicos españoles, lo que se busca es

⁶ CTBG. Memoria de actividades 2019: 193-194.

⁷ La Fiscalía, sin embargo, no aparece mencionada de forma expresa en el art. 2.1.f) de la Ley 19/2013, pero ello no obsta para su condición, según explica el mismo CTBG.

⁸ Si bien, allí donde sea posible, en concreto en relación con la información y configuración de los espacios de la web institucional, se buscará confrontar directamente las conclusiones de la última evaluación con información más actualizada.

⁹ ROS MEDINA, J. L. (2018: 11).

¹⁰ Por eso no es fácil el contraste directo con otros modelos internacionales de evaluación de la transparencia institucional.

¹¹ MEIJER, A., T HART, P. & WORTHY, B., 2015.

¹² Tampoco las métricas e índices son una panacea por sí mismas; aunque no hay duda de su utilidad, sobre todo ante la inexistencia de un régimen sancionador eficaz (CERDÁN ELCID, 2019).

que pueda tener proyección práctica para la mejora de la transparencia en los órganos analizados y también en la propia metodología empleada por el CTBG para las evaluaciones de estos. Queda, pues, pendiente para otra ocasión el análisis de si los hallazgos y tendencias aquí identificados responden a problemas específicos de nuestro sistema o se integran en un desafío global, la contextualización comparada de resultados y la problematización del marco normativo.

En su actividad evaluadora, el CTBG no examina el cumplimiento de todos los sujetos obligados por la Ley 19/2013 con la misma periodicidad, por razones que tienen que ver con los medios disponibles. Tampoco evalúa con la misma intensidad las obligaciones de publicidad activa, para las que existe una metodología hoy ya depurada¹³, que las de gestión de las solicitudes de acceso. De ahí que se aprecie una llamativa desigualdad en el análisis de una dimensión y otra por parte del CTBG, que se refleja también en el presente trabajo¹⁴.

Las instituciones de lo que antes se ha identificado como «grupo I» fueron evaluadas por primera vez en el año 2016, con una metodología aún en construcción y la colaboración de la Fundación ¿Hay Derecho?, mediante la suscripción de un protocolo gratuito de colaboración para fines de estudio¹⁵. Respecto a la publicidad activa,

¹³ Esta metodología de evaluación y seguimiento de la transparencia de la actividad pública (MESTA) se elaboró en colaboración con la extinta Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios Públicos (AEVAL), puede verse más información igualmente en la página web institucional del CTBG. Entre otros foros, el sistema se dio a conocer a través de ARIZMENDI GUTIÉRREZ, M. E. (2017: 40-44).

¹⁴ ROS MEDINA, J. L. (2020: 58) identifica una tendencia general al diseño de sistemas de evaluación centrados en el análisis de la transparencia activa y que dejan la otra rama de la transparencia, el derecho de acceso, en lugar secundario, incluso muchas veces sin evaluación ni análisis. En ello puede tener mucho que ver la dimensión procedimental de ese derecho e incluso su discutida naturaleza conceptual (por todos, GUICHOT REINA, E., 2023).

¹⁵ La Fundación realizó la recogida de los datos relevantes para la evaluación a partir del examen pormenorizado de las webs institucionales de cada uno de los sujetos obligados, siguiendo las instrucciones del CTBG. Los datos fueron entregados al Consejo, donde se volvió a repetir la medición con personal propio, en una segunda valoración de los mismos. Finalmente, se realizó una tercera medición por un equipo evaluador experto constituido por la presidenta del CTBG, la directora de su Gabinete y el subdirector general y el subdirector general adjunto de Transparencia y Buen Gobierno del organismo. A continuación, se completó para cada uno de los órganos o entidades objeto de evaluación una ficha individual de medición, que recogía las valoraciones del cumplimiento dado por los sujetos evaluados a cada una de las obligaciones señaladas en la Ley de acuerdo con los atributos y criterios valorativos establecidos en MESTA. La totalización de las valoraciones permitió obtener el índice o porcentaje de cumplimiento de la Ley para cada sujeto. La última fase de los trabajos se dedicó a la interlocución con los distintos organismos estudiados. El equipo evaluador se reunió presencialmente con responsables de alto nivel de cada uno de ellos para contrastar los resultados de las mediciones, aclarar las dudas suscitadas, corregir los posibles errores y, en general, establecer un diálogo excepcionalmente productivo para la aplicación de la Ley 19/2013 en la medida en que permitió el intercambio de recomendaciones y experiencias, el establecimiento de buenas prácticas y la elaboración de líneas y propuestas de mejora.

la evaluación operó en dos niveles diferentes. Un nivel de cumplimiento obligatorio, en el que se valoraba el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa señaladas por la Ley 19/2013 como obligatorias (arts. 6, 7 y 8), y un nivel de cumplimiento voluntario, respecto a la obligación genérica establecida en el art. 5.2 de la Ley de publicar de forma periódica y actualizada la información relevante para garantizar la transparencia de su actividad, sin perjuicio de hacerlo, en todo caso, con la considerada información obligatoria. Los indicadores relevantes de este segundo nivel incluían agendas, órdenes del día, identificación del personal eventual, indemnizaciones devengadas por razón de servicio, obsequios recibidos y, para el caso concreto de nuestros sujetos considerados, la publicación de información sobre su actividad en el ejercicio de sus funciones constitucionales. Para cada nivel se generaba un índice, en escala 0-10 que permitía ordenar a los sujetos estudiados en forma de ranking¹⁶.

En relación con el acceso a la información pública, se establecieron una serie de «características» —indicadores— de la actividad del organismo, deducidas de la Ley, y se valoró el grado de realización de las mismas según una escala de cuatro tramos genéricos: «sin realizar» (0-25 por 100), «escasa realización» (25-50 por 100), «realización considerable» (50-75 por 100) y «realización total» (75-100 por 100).

Desde 2017 hasta 2019 las evaluaciones se limitaron al seguimiento del grado de cumplimiento de las recomendaciones que habían derivado de la evaluación anterior y no existía ninguna para los sujetos del grupo que nos ocupa. En 2020 no se realizaron evaluaciones de cumplimiento por la emergencia sanitaria.

En 2021 se acometería una nueva evaluación pormenorizada respecto a los órganos constitucionales y de relevancia constitucional¹⁷. En esa anualidad se evaluó tanto el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa como la gestión de las solicitudes de acceso a la información pública. Lo primero, a través de la metodología MESTA a la que antes se ha hecho referencia, dando ahora lugar a valoraciones porcentuales. Lo segundo, a través de una doble herramienta: (i) el análisis de la actividad generada por aquellas solicitudes a partir de la información proporcionada por las propias instituciones, y (ii) un análisis de la gestión concreta de las solicitudes aplicando la técnica del cliente misterioso, efectuando directamente una solicitud

¹⁶ La cohorte incluía un total de quince sujetos. Eran, además de los diez que se mencionan en el art. 2.1 f) de la Ley 19/2013 (Casa de Su Majestad el Rey, Congreso de los Diputados, Senado, Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Banco de España Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, Consejo Económico y Social), la CNMC, la CNMV, el CSN, la AIReF (como entidades reguladoras) y la Fiscalía General del Estado.

¹⁷ Ya desgajados en el subgrupo Ia, según se ha comentado *supra*. Este grupo estaba integrado por diez sujetos: Casa de Su Majestad el Rey, Congreso de los Diputados, Senado, Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, Consejo Económico y Social y Fiscalía General del Estado.

de información, todo con recursos propios del CTBG¹⁸. Para cada entidad se emitió un informe provisional y otro definitivo, tras las observaciones y alegaciones que el interlocutor entendiera pertinentes.

Los resultados de la evaluación de 2021 son el informe más completo y actualizado que existe respecto a la actividad de los sujetos que nos interesan. Y es que, en la anualidad siguiente (2022) sólo se prevería: (i) la revisión del grado de aplicación de las recomendaciones derivadas de la evaluación 2021, y (ii) la reevaluación del grado de cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, a través de la evaluación de los portales de transparencia institucional y el análisis evolutivo del denominado índice de cumplimiento de la información obligatoria (ICIO). En 2023 se planificó, en lo que aquí importa, únicamente una tercera evaluación del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa para aquellas entidades evaluadas en 2020 y 2021 que seguían presentando bajos niveles de cumplimiento y no habían aplicado adecuadamente las recomendaciones formuladas por el CTBG¹⁹. La revisión del grado de subsanación de los déficits identificados sería la única consideración que el CTBG realizaría a los sujetos de este grupo en el Plan de Evaluación para 2024.

Seguidamente se sintetizan los resultados de cada sujeto, distinguiendo para cada uno su rendimiento según las dos dimensiones clásicas de la transparencia. Con carácter general y previo, es necesario tener en cuenta que, en 2016, el valor medio del índice de cumplimiento de la publicación de la información obligatoria de la Ley por los órganos constitucionales y de relevancia constitucional y los entes reguladores se situó en 8,50 puntos, y el valor medio del índice de cumplimiento voluntario de la Ley en 5,30 puntos. Es necesario tener estas referencias presentes para valorar mejor las posiciones relativas en los rankings con que se trabajó entonces. Por su parte, la atención prestada por los órganos constitucionales y de relevancia constitucional a las solicitudes de acceso a la información pública presentadas por los ciudadanos se calificó, por término medio, como considerable en grado máximo (75%).

El análisis del rendimiento de los sujetos de estudio se va a presentar en orden descendente de resultados respecto a la evaluación inicial en materia de publicidad activa obligatoria, y se apreciará que esa «clasificación» permanece en términos ge-

¹⁸ Las limitaciones de MESTA en el análisis del cumplimiento de las obligaciones que conciernen al derecho de acceso ya habían sido puestas de manifiesto en la doctrina: ROS MEDINA, J. L. (2020: 57-58). La información del CTBG no ofrece detalles concretos de la metodología de la técnica del cliente misterioso o su desarrollo práctico. Sobre su aplicación por parte de otros órganos de evaluación del derecho de acceso en nuestro país puede verse el trabajo de CERRILLO I MARTÍNEZ A. (2021).

¹⁹ Eran, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Estado y la Fiscalía General del Estado; precisamente tres órganos de relevancia constitucional, porque los denominados «órganos constitucionales» tuvieron valoraciones mejores. A fecha de cierre del presente trabajo (agosto de 2024), no se ha encontrado en la web del CTBG información sobre el seguimiento de las evaluaciones a estos órganos por parte del CTBG, siendo los últimos datos disponibles los correspondientes con la evaluación de 2022.

nerales inalterada, si bien, con algún altibajo, todos los órganos han ido mejorando sensiblemente en su rendimiento a raíz de las sucesivas evaluaciones. Los avances en relación con el derecho de acceso, sin embargo, parecen inexistentes²⁰.

III. EL DEFENSOR DEL PUEBLO

1. Publicidad activa

En la evaluación inicial de 2016, el Defensor del Pueblo había conseguido una posición muy destacada tanto en materia de cumplimiento obligatorio, con una valoración de 9,31 puntos (ocupando el puesto 6º de 15 totales), como de cumplimiento voluntario, con una puntuación de 8,41 puntos y ocupando la 2ª posición. Era, en ambos casos, el primero entre los sujetos que hemos seleccionado para este trabajo. El CTBG destacaba especialmente la actualización de la información en el portal y el compromiso estratégico con la transparencia. Toda la información se publicaba persiguiendo que fuera sencilla y clara, lo más comprensible posible por parte de los ciudadanos. No solamente en el ámbito del apartado específico de transparencia, sino en toda la página web. Para la institución, subrayaba el CTGB, «toda la página web es transparencia».

En 2021, las tornas parecían cambiar. Inicialmente el ICIO del Defensor del Pueblo se cifró en un modesto 67,6 %, sobre todo por problemas de datación de la información y la remisión a otras fuentes, lo que incumplía el criterio de publicación en formatos reutilizables. Se echaba en falta también la publicación de cierta información necesaria, como el Registro de Actividades de Tratamiento, los contratos menores, las modificaciones contractuales y las estadísticas por procedimientos de adjudicación, el presupuesto en curso y las autorizaciones de compatibilidad para actividades privadas al cese de los altos cargos.

Tras el trámite de alegaciones y observaciones, y habiéndose cumplido algunos requerimientos de modo inmediato, se revisó el índice de cumplimiento hasta situarse en el 77,2 %. Uno de los aspectos más discutidos entre las dos instituciones tenía que ver con la mejor forma de cumplimiento de la publicación de la información contractual: enlace a fuentes centralizadas (perfil del contratante y plataforma de contratación del sector público) o publicación propia adaptada a la transparencia. La solución de consenso pasó por aceptar las remisiones, pero publicando también

²⁰ He barajado seriamente adjuntar a este trabajo un soporte visual adicional, con tablas o gráficos. En último término lo he descartado por varias razones, entre las que destaca el hecho de que no todas las dimensiones de la transparencia son fácilmente cuantificables y, sobre todo, que lo que se busca no es proclamar sin más el «ganador» en una suerte de competición. Lo que se pretende con la comparación es sobre todo extraer enseñanzas para diseñar líneas de mejora.

cuadros-resumen con la información que exige la Ley 19/2013. Ello porque, según el criterio del CTBG, las otras fuentes muchas veces incluyen mucha más información y resultan difícilmente accesibles y manejables para usuarios no familiarizados con ellas.

El ICIO del Defensor del Pueblo en 2022 quedaría ya fijado en un impecable 100%, con una importantísima variación al alza de 22,8 puntos porcentuales. Las 5 recomendaciones que se le habían realizado por el CTBG en 2021 habían sido satisfactoriamente aplicadas. El informe inicial no mereció observaciones ni modificaciones ulteriores.

Un acceso reciente (agosto de 2024) a la información confirma que el compromiso del Defensor del Pueblo en este punto se mantiene. En particular, en el apartado de la información de contratación, aparecen, junto al enlace al perfil del contratante, los meritados cuadros-resumen, debidamente actualizados y datados, en formato Excel. Consta también testimonio sobre el sistema interno de información y muchos datos adicionales sobre la propia actividad del Defensor.

2. Derecho de acceso

En 2016, el CTBG ya destacó que el portal de transparencia del Defensor del Pueblo presentaba un acceso directo a las solicitudes de información pública, con abundante información explicativa, muy sencilla y directa, además de un correo electrónico y un pequeño formulario web para plantear dudas. No existía empero un formulario ad hoc, que el CTBG entendía recomendable en la medida que permite al peticionario exponer sus argumentaciones en un apartado fijo. Frente a ello, los responsables del portal manifestaron algunas dudas, ya que tenían muy contrastado que, en ocasiones, los formularios, aun siendo muy sencillos de cumplimentar, pueden generar rechazo en el ciudadano. Apoyaban su afirmación en la información sobre el comportamiento de los interesados que proporcionaba el sistema analítico con que contaba su web. Especialmente, ese sistema arrojaba información para conocer los desistimientos (la institución tenía cuantificado que solo un 30 % de los ciudadanos finalizaba la tramitación de la queja; un 70 % la iniciaba, pero no la concluía) e incluso ofrecía la posibilidad de que los ciudadanos explicasen cuál ha sido el problema para abandonar.

Como requisitos para la solicitud, únicamente se exigía el nombre, apellidos y un correo electrónico (no el número del DNI). En relación con la atención al ciudadano, al margen del acceso a la información y en el ámbito de las funciones constitucionales del Defensor del Pueblo, el portal disponía de un apartado «Tu queja» donde el interesado podía acceder al estado de su expediente con una clave proporcionada por el propio Defensor. También disponía de un «Área personal», en que

que cada interesado puede conocer cómo se encuentra su expediente, accediendo al mismo mediante unas claves también proporcionadas por el propio Defensor. En ningún momento se exigía firma electrónica.

En 2021 el CTBG revisó el sistema de gestión y tramitación de las solicitudes de acceso en el Defensor del Pueblo, a cargo de la Secretaría General, pero su estudio no pudo ser profundo porque, para la anualidad examinada (2020), la institución refirió que no habían existido solicitudes presentadas. La instada por el propio CTBG como «cliente misterioso», que se había remitido por correo electrónico, nunca fue contestada, lo que llevaba a entender que había sido desestimada por silencio. El CTBG se extrañaba, recomendando la emisión de una resolución expresa. Frente a ello, subrayaba como buenas prácticas, entre otras, que no se exigiera identificación electrónica para la presentación de solicitudes.

En la actualidad (último acceso agosto de 2024), la página web del Defensor informa de que la solicitud se puede presentar presencialmente, por correo electrónico o postal y matiza que es necesario hacer constar la identidad del solicitante verificable a través del DNI o número de pasaporte. Lo que no ofrece es información sobre órganos responsables de la tramitación o plazos de resolución. Existe también un formulario web, que parece ser un medio adicional, aunque puede inducir a confusión respecto a su función real (va precedido de un encabezado que reza «tus dudas») y no contiene un campo para rellenar otros datos que nombre, apellidos y correo electrónico.

IV. EL TRIBUNAL DE CUENTAS

1. Publicidad activa

En términos relativos, el Tribunal de Cuentas había ocupado tradicionalmente una posición media dentro de la cohorte de comparación. Así, en la evaluación de 2016, era el octavo en el ranking de la información obligatoria, y el noveno en la de publicidad voluntaria. Sus puntuaciones, en todo caso, superaban el aprobado (9,25 y 5,45 puntos sobre 10, respectivamente).

En 2021, el CTBG valoró positivamente el compromiso del Tribunal de Cuentas con la transparencia voluntaria (que alcanzaba a dar publicidad a los informes de evaluaciones externas, los bienes patrimoniales/de interés cultural y las convocatorias de provisión de puestos). También subrayó sus buenas prácticas respecto a la incorporación de textos descriptivos de los contenidos del portal de transparencia; la organización y forma de presentación de la información; la publicación de cuadros-resumen de las informaciones procedentes de fuentes centralizadas, y la

identificación de los responsables y la descripción de las funciones de unidades de su estructura organizativa. En el informe inicial, el ICIO se cifró en un 77 %, principalmente por el escaso uso de formatos reutilizables y por la falta de referencias a la fecha en que se había revisado o actualizado por última vez la información. Además, existía información oficial no publicada (modificaciones contractuales, subvenciones y ayudas públicas concedidas, ejecución presupuestaria actualizada y autorizaciones para el ejercicio de actividades privadas al cese de altos cargos).

Tras las observaciones formuladas por el Tribunal de Cuentas, en particular respecto a información que no le era obligatorio publicar y los formatos que debían considerarse reutilizables, además de sobre la conveniencia de duplicar información contractual respecto a fuentes centralizadas, el ICIO del Tribunal de Cuentas quedó finalmente fijado en 87,4 %, superando así al Defensor del Pueblo de forma momentánea. El CTBG insistía en la necesidad de publicar información (y, de no existir, así debía referirse); en la publicación de la ejecución presupuestaria por medios distintos a las liquidaciones de presupuestos (para una mayor actualización), y en la necesidad de indicar la fecha de la última revisión o actualización.

El ICIO del Tribunal de Cuentas en 2022 fue del 98,2 %, con una variación al alza de 10,8 puntos porcentuales. Las 3 recomendaciones que se le habían realizado por el CTBG en 2021 habían sido satisfactoriamente aplicadas. Se penalizaba ligeramente la forma y la accesibilidad de la información económica, presupuestaria y estadística. Y es que el CTGB entendía que la mera remisión a la plataforma de contratación del sector público respecto a los «contratos mayores» implicaba una importante dificultad para que los ciudadanos puedan acceder a esa información, dados los problemas de manejo que esa herramienta presenta.

La última visita al portal (agosto de 2024) permite constatar que, además del enlace a la plataforma y de la información estadística, aparecen cuadros-resumen (en pdf) actualizados por trimestre.

2. Derecho de acceso

En 2016 el CTBG había criticado la tendencia del Tribunal de Cuentas a encauzar todas las solicitudes a través de la sede electrónica, requiriendo por tanto identificación y firma electrónica.

En 2021, el CTBG subrayó como buenas prácticas en esta materia la disponibilidad de un espacio específico para presentar solicitudes de información y de un formulario web y el suministro de información adicional, instrucciones o ayudas. Entre ellas, un Acuerdo propio que aclara que la Secretaría General es la unidad responsable de la tramitación de solicitudes y que la resolución corresponde a la presidencia del Tribunal de Cuentas.

En esa evaluación, el Tribunal de Cuentas había referido recibir 35 solicitudes en la anualidad previa, de las cuales 17 habían sido admitidas. Todas las demás, inadmitidas, lo habían sido por la misma causa: información con un régimen específico de acceso, por referirse al ejercicio de las competencias fiscalizadoras o de enjuiciamiento contable, quedando por tanto al margen del ámbito de aplicación de la Ley 19/2013. Algo a destacar es que el Tribunal de Cuentas sólo emitía resolución expresa en menos del 36 % de las solicitudes admitidas, aunque daba acceso también sin emitir resolución. Esto mismo había ocurrido con la solicitud presentada por el propio CTBG como «cliente misterioso» que no mereció ni comunicación de inicio de la tramitación, ni resolución expresa, habiéndosele dado respuesta mediante un mero correo electrónico (suscrito por la Secretaría General) al que se adjuntaba toda la información solicitada en formato Excel.

En cuanto a la facilidad del ejercicio del derecho de acceso, el Tribunal de Cuentas seguía indicando expresamente como medio de presentación de solicitudes la sede electrónica (con certificado digital). Esto vuelve a ser criticado por el CTBG pues, aunque ello no excluye que la ciudadanía emplee otros medios, no siempre tendrá conocimiento de ellos. También se afeaba al Tribunal de Cuentas no ajustarse al procedimiento debido, siendo necesario emitir resolución expresa y notificarlo debidamente.

La visita de agosto de 2024 al portal de transparencia del Tribunal de Cuentas permite constatar que la única forma de presentación de solicitudes que sigue mencionándose expresamente es por medios telemáticos, con certificado electrónico. Adicionalmente, se indican las materias sobre las que es más frecuente la solicitud de información y que se publica directamente en la web (enunciados de ejercicios de pruebas selectivas, información relacionada con la actividad de fiscalización de cuentas y con el enjuiciamiento contable, y régimen sancionador aplicable a partidos políticos). También aparecen publicadas en un espacio propio las resoluciones denegatorias del acceso (con una única resolución, de acceso parcial, datos actualizados a noviembre de 2022) y las estadísticas de la actividad desarrollada por el Tribunal de Cuentas en relación con el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Esta aparece actualizada a julio de 2024. Se trata de una información valiosa y muy bien sistematizada en opinión de quien suscribe. El informe del primer semestre de 2024 indica, por ejemplo, que se han emitido 20 resoluciones: 3 de concesión del derecho, 2 de remisión a otros órganos y el resto de inadmisión a trámite. Además de la información ya mencionada en otros apartados, se indica que en gran medida las consultas son de petición de asesoramiento sobre interpretaciones normativas. Estas tampoco tienen cabida en el derecho de acceso a la información pública regulado en la Ley 19/2013. Atendidas las funciones constitucional y legamente encomendadas, el Tribunal no puede ni le corresponde asesorar a los ciudadanos sobre este tipo de cuestiones.

V. EL CONSEJO DE ESTADO

1. Publicidad activa

En 2016, el Consejo de Estado ocupaba la posición 13^a (de un total de 15 entidades) con una puntuación de 6,16 puntos en el ranking de información obligatoria, y la posición 14^a en el de información voluntaria, con una valoración de tan sólo 3,33 puntos.

El informe del CTBG valoraba muy positivamente que el Consejo de Estado hubiera incorporado al portal de transparencia una información amplia, completa y estructurada sobre la actividad originada por su función consultiva (desglosada en dictámenes, memorias, doctrina legal e informes y estudios); ello, no sólo desde el punto de vista de la transparencia, sino también desde el punto de vista jurídico, doctrinal y científico, en la medida en que contribuye a perfeccionar el conocimiento del organismo por parte de los ciudadanos. No obstante, se advertía la existencia de cierto margen de mejora en la publicación de la información porque estaba soportada en formatos escasamente reutilizables y no resultaba del todo actualizada. En relación con los dictámenes, se subrayaba que, como se publican una vez que están finalizados los procesos que originaron la petición (procesos de elaboración normativa o procedimientos administrativos que requieren expresamente la intervención del Consejo de Estado), resulta que cuando por cualquier circunstancia (desistimiento o no aprobación del proyecto administrativo, por ejemplo) dichos procesos no concluyen, el correspondiente dictamen no llega nunca a publicarse. También se sugería la posibilidad de publicar información sobre algunas cuestiones que otros organismos y entes reguladores habían ya incorporado a sus portales, como la agenda de presidencia, los datos del personal eventual al servicio de la institución, los gastos en viajes y desplazamientos, los obsequios recibidos o los vehículos oficiales de los que se dispone.

En 2021, el ICIO por parte del Consejo de Estado alcanzaba según el informe inicial del CTBG un 60,8 %. El principal factor determinante de esa calificación era la falta de referencias en el portal a la fecha en que se revisó o actualizó la información disponible y la publicación de algunas informaciones directamente sobre la web, sin que se cumpla, por lo tanto, el criterio de publicación en formatos reutilizables. El CTBG valoraba positivamente, en cambio, el compromiso del Consejo de Estado con la transparencia voluntaria (que alcanzaba en ese momento ya a dar publicidad al código ético/conducta, sus actas y acuerdos, agendas y parque de vehículos, bienes patrimoniales/de interés cultural y convocatorias de provisión de puestos). Destacaba, además, sus buenas prácticas respecto a la organización y forma de presentación de la información (por la falta de formalidades); la referencia a la información obli-

gatoria que no se publica por no existir actividad en ese ámbito, y la disponibilidad de un espacio específico para presentar solicitudes de información. Pero concluía la necesidad de informar sobre el perfil y trayectoria profesional de todos los máximos responsables del Consejo de Estado; publicar el Registro de Actividades de Tratamiento; informar sobre las modificaciones de los contratos adjudicados, sobre la distribución porcentual en volumen presupuestario de los contratos licitados según su procedimiento de adjudicación y sobre modificaciones de convenios; publicar el presupuesto de 2021; las retribuciones de altos cargos y las autorizaciones de compatibilidad para actividades privadas al cese de altos cargos. También se apuntaba el deber de actualizar toda la información, esté o no sujeta a obligaciones de publicidad activa, y de publicar en el portal de transparencia una referencia a la última fecha en que se revisó o actualizó. Solo de esta manera sería posible para la ciudadanía saber si la información que está consultando está vigente. Finalmente se subrayaba que tendría que ofrecerse toda la información en formatos reutilizables.

El Consejo de Estado no presentó observaciones al informe inicial de evaluación. De oficio por parte del CTBG, gracias posiblemente a las alegaciones de otros órganos como el Tribunal de Cuentas, se revisó el cumplimiento del criterio de publicación en formatos reutilizables, al haberse constatado que el formato utilizado por la web del Consejo de Estado era *html* y que permite tratamiento. También se consideró la no aplicación de la obligación de publicar las autorizaciones para actividad privada al cese de altos cargos, dado que el artículo 15 de la Ley 3/2015, reguladora del alto cargo en la Administración General del Estado no es aplicable a los órganos constitucionales. Finalmente, se reevaluó el cumplimiento de la obligación de publicación de las retribuciones de los altos cargos de la institución que inicialmente se había considerado no cumplida en su totalidad dado que la información publicada correspondía a 2019.

Gracias a ello, el informe final de publicidad activa elevó definitivamente el cumplimiento de las obligaciones de transparencia de la Ley 19/2013 por parte del Consejo de Estado al 71,9 % (aún lejos, no obstante, del Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo).

En la evaluación inicial de 2022, el ICIO del Consejo de Estado se elevó hasta el 81,5 %. Seguían observándose déficits por (i) la publicación de la información sobre perfil y trayectoria de los máximos responsables al margen del portal de transparencia; (ii) falta de publicación del Registro de Actividades de Tratamiento y las modificaciones de los contratos adjudicados, y (iii) problemas de calidad relacionados con la actualización y la indicación de las últimas revisiones.

En esta ocasión el Consejo sí remitió observaciones al informe provisional, apuntando que algunas mejoras estaban ya implementadas, pero no habían podido

apreciarse en el informe provisional por solaparse en el tiempo. Además, destacaba acciones adicionales en pro de la transparencia, como el desarrollo de un buscador a través de lenguaje natural y versiones multilingües de la página web.

Tras considerar esas observaciones y comprobar la actualización de gran parte de la información, el ICIO quedó fijado en un 84,2 %, con una variación al alza de 12,3 puntos porcentuales. De las 9 recomendaciones que se le habían realizado por el CTBG en 2021, había aplicado 5. Seguía estando, no obstante, bastante por detrás del Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo, entre otras cosas porque persistían algunos de los déficits evidenciados en 2021. En particular continuaba publicándose la información sobre perfil y trayectoria profesional de los máximos responsables al margen del portal de transparencia y seguían sin publicarse: (i) dentro del bloque de información institucional y organizativa, el Registro de Actividades de Tratamiento, y (ii) en el bloque de información económica, la información sobre las modificaciones de los contratos adjudicados. Respecto del cumplimiento de los criterios de calidad en la publicación de la información, se insistía en que parte de la información no estaba datada y en que seguía sin publicarse la fecha en que se revisó o actualizó por última vez la información obligatoria publicada en el portal de transparencia.

Una visita al portal de transparencia del Consejo de Estado en agosto de 2024 permite constatar que gran parte de esos reparos están ya solventados, si bien siguen persistiendo algunos problemas de actualización. Así, aunque existen, como buena práctica, informes sobre el derecho de acceso, eran en esa fecha aún los correspondientes al primer cuatrimestre de 2019 (con una sola consulta efectuada y tramitada).

2. Derecho de acceso

En 2016, al Consejo de Estado se le afeaba particularmente no disponer, en el epígrafe «solicitud de información», de un acceso específico a la información pública. No existía, en efecto, un acceso propio para el ejercicio del derecho de acceso distinto de los motores de búsqueda, pestañas y banners de información de la web y de los cauces generales para pedir información a la institución.

En 2021 el análisis del CTBG fue muy limitado en este punto, pero permitió constatar que el Consejo de Estado no publicaba las resoluciones denegatorias de acceso a la información por aplicación de los límites del artículo 14 de la Ley 19/2013 y observar déficits en la gestión de las solicitudes de acceso a la información. Estos derivaban, básicamente, de la confusión existente entre las diferentes informaciones que pueden solicitarse, lo que induce a desistir de la solicitud y funciona como barrera del derecho de acceso. Esto mismo había sido experimentado por el propio CTBG como «cliente misterioso», que no había conseguido de la institución más que una remisión a la página web, cuando lo que se había solicitado no era la consulta de un

dictamen concreto del Consejo allí disponible, sino información pública propia de la normativa de transparencia.

El CTBG resaltaba que, aunque el volumen de solicitudes de información dirigidas al Consejo de Estado al amparo de la Ley 19/2013 sea pequeño, sobre todo en comparación con las relativas a los dictámenes emitidos, deberían habilitarse mecanismos que permitan a las personas responsables de su gestión, necesitadas seguramente de formación, identificarlas y diferenciarlas de otras solicitudes de información, por ejemplo, mediante un registro específico.

VI. LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

1. Publicidad activa

En la evaluación de 2016, los resultados de la Fiscalía fueron muy parejos a los del Consejo Económico y Social, situándose como aquel en los últimos puestos del ranking, con tan sólo 20 décimas más de puntuación respecto a la publicidad obligatoria y la misma valoración en la voluntaria.

En 2021, el ICIO quedó fijado inicialmente en un 53,6 %, con reparos que, en parte, sería redundante reiterar, por ser comunes con el resto de los sujetos que estamos analizando (formatos reutilizables, datación). La puntuación especialmente modesta, aunque de nuevo ligeramente mejor a la del Consejo Económico y Social, se debía a la falta de publicidad de varios ítems de información obligatoria. La entidad no realizó alegaciones, como el Consejo de Estado. También como en aquel caso, el CTBG revisó la evaluación inicial de oficio. Aquí, no obstante, la puntuación mejoraría mucho menos, hasta quedar en el 54,8 %.

En 2022, de forma inicial, el CTBG constató que la Fiscalía había aplicado tan solo una de las ocho recomendaciones que se le habían formulado, lo que llevaba a fijar el ICIO en un 63,7 %. Respecto de 2020 se producía un incremento de 8,9 puntos porcentuales, aunque persistían publicaciones al margen del portal, información omitida y déficits de calidad. Esta vez, la Fiscalía remitió unas observaciones muy detalladas, algunas dando cuenta de que los procesos de aplicación de las recomendaciones se habían solapado con la evaluación. El ICIO en cambio no variaría; se valoraban positivamente las recomendaciones que se habían aplicado durante el período de observaciones, pero no se tomaban en cuenta para la evaluación en curso.

2. Derecho de acceso

El CTBG en 2016 ya había alertado a la Fiscalía, como al Consejo de Estado, sobre la necesidad de incorporar en el portal un enlace o acceso específico a la infor-

mación pública, así como tutoriales o instrucciones para su ejercicio. En particular, había subrayado que, aunque existieran canales para la formulación de denuncias y la presentación de reclamaciones y sugerencias, era necesario un apartado específico para ejercer el derecho de acceso a la información pública. Ello es útil también para facilitar la gestión ordinaria de las solicitudes y distinguirla de otras comunicaciones que los ciudadanos dirijan a la Fiscalía.

La evaluación de 2021 volvió a afear a la Fiscalía los mismos defectos. Además, la institución no aportó datos sobre las solicitudes recibidas o su suerte. Sin embargo, la formulada por el CTBG, que se había canalizado a través del buzón electrónico general de atención, había meritado una atención relativamente adecuada, al menos en inicio. Se había recibido primero un acuse de recibo por correo electrónico, donde constaba la fecha de presentación de la solicitud; después, se había recibido un archivo Excel en un nuevo correo electrónico, aunque sin emisión de resolución administrativa propiamente dicha. Disconforme con la información recibida, por entender que no era lo solicitado, el CTBG envió un nuevo correo electrónico, explicando que solicitaba información individualizada y no agregada. Se comunicó de vuelta la Fiscalía, alegando que no era posible por el volumen de datos a tratar (que se cifraban en miles). El CTBG terminó ahí las comunicaciones, pese a constatar que los datos a tratar eran poco más de una docena, pero subrayó que un caso similar real precisaría de un mejor procedimiento. Ciertamente, señalaba, ante una eventual disconformidad del solicitante con la información recibida, sería complicado reclamar o recurrir al no contar con una resolución que indique los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que presentarlos y plazo para interponerlos.

La visita reciente al portal lleva a una agradable sorpresa de evolución en este punto. Existe un acceso específico y fácilmente visible para la solicitud de acceso a la información pública, que conduce no sólo a un formulario, relativamente informal, sino también a un resumen de las solicitudes resueltas hasta la fecha (la última era de diciembre de 2023), indicándose para cada caso: datos de fecha de registro y resolución; órgano a que se dirige; medio de presentación; vía de notificación y sentido de la resolución, con enlace a las resoluciones desestimatorias de conformidad con la Ley 19/2013.

VII. EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL

1. Publicidad activa

En la evaluación de 2016, el Consejo Económico y Social ocupaba la última posición en el ranking de publicidad obligatoria (con una discreta puntuación de 5,42

puntos) y el puesto 11 de 15 en el de publicidad voluntaria (una posición relativamente mejor, pero con una puntuación de tan solo 3,75 puntos).

En la evaluación inicial de 2021, el ICIO se fijó en un insuficiente 45,4 %, sobre todo por una llamativa falta de publicación de informaciones obligatorias (particularmente en el bloque económico y presupuestario), a lo que había que unir otra serie de reproches comunes con los sujetos que estamos estudiando (formatos reutilizables, datación, Registro de Actividades de Tratamiento, etc.). Tras las alegaciones formuladas, el ICIO mejoró ligeramente quedando fijado en un 48,6 %. Se formularon 14 recomendaciones para la evaluación de seguimiento.

En 2022, el informe inicial constató que de esas 14 recomendaciones se habían aplicado 10. No se publicaba el perfil y trayectoria de los máximos responsables, ni las modificaciones contractuales o las indemnizaciones recibidas al cese y faltaba información de los tan traídos y llevados cuadros-resumen, además de presentarse problemas con la identificación de la última actualización de los contenidos. Aun así, había una sensible mejora del ICIO, con un incremento de 32 puntos porcentuales, fijándose en un 80,6 %, que no varió tras las observaciones remitidas como alegaciones.

Una visita al portal en agosto de 2024 permite comprobar que se ha seguido avanzando, sobre todo incorporándose la fecha de la última actualización.

2. Derecho de acceso

En 2016, el CTBG ya había alertado al Consejo Económico y Social, como al Consejo de Estado y a la Fiscalía, sobre la necesidad de incorporar en el portal ningún enlace o acceso para la solicitud de información pública, así como tutoriales o instrucciones para su ejercicio.

En 2021 siguió apreciándose el mismo problema, no existiendo información alguna de cómo podía ejercerse el derecho de acceso; la única información de contacto era un buzón de correo general. La institución había informado de que no se habían recibido solicitudes durante la anualidad previa, lo que no era de extrañar, dada la nula visibilidad que se le daba en la web; pero tampoco existían datos respecto a la formulada por el mismo CTBG como «cliente misterioso». El propio CTBG apuntaba a que quizás, por desconocimiento y precisamente por la inexistencia de un procedimiento específico, la solicitud no había sido remitida desde el buzón genérico de contacto a la unidad responsable de la tramitación de las solicitudes de acceso. Urgía a poner en marcha un apartado específico, que podría utilizarse también para publicar las resoluciones de conformidad con el artículo 14 de la Ley 19/2013.

La visita de agosto de 2024 al portal permite constatar que aún no se ha implementado esa recomendación.

VIII. A MODO DE CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Los órganos categorizados como «de relevancia constitucional» se consideran por el CTBG parte de los de mayor nivel institucional en las estructuras del Estado. Deberían jugar por tanto un papel ejemplar y ejemplarizante en el cumplimiento de sus obligaciones de transparencia. Que ello sucedía así pareció constatarlo la primera de sus evaluaciones detalladas, pero justo es reconocer que esa valoración global no puede eclipsar problemas concretos, que merecen atención particular. El hecho de que se formara la cohorte de estudio en aquel momento con los órganos constitucionales y con las entidades supervisoras, junto con la aplicación de una metodología aún no depurada, llevó a formular una feliz conclusión diluida por ser agregada, no siempre predicable de todos y cada uno de los órganos de la muestra a título individual.

En general, el desempeño de los órganos de relevancia constitucional en materia de publicidad activa, que es la faceta de la transparencia que ha merecido análisis más profundos y continuos del CTBG, debido al diseño de sus herramientas metodológicas y a la mayor facilidad de contraste directo, es notable, pero no homogéneo. Las evaluaciones más recientes conducen a apreciar que hay claramente un grupo de cabeza excelente (integrado por el Defensor del Pueblo y el Consejo de Estado), siendo necesario un mayor esfuerzo por parte del resto de sujetos.

En materia de derecho de acceso, las evaluaciones del CTBG son, como se ha visto, menos exhaustivas, pero aun así surgen facetas necesitadas de profundos cambios, tanto respecto a la indicación y articulación de los canales para el ejercicio del derecho, como en particular respecto a la gestión de las solicitudes. Sólo el Tribunal de Cuentas y, hoy en día, también la Fiscalía General del Estado parecen preocuparse aceptablemente por la cuestión, dando también publicidad a su actividad en este frente. Aun así, existe un amplio margen de mejora.

En relación con esto último, llama la atención la tendencia a no dictar resolución expresa, cuando, obviamente, su emisión es una garantía para la persona solicitante. Aún llama más la atención que, en el caso del Consejo Económico y Social, siga sin informarse ni darse cauce específico para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública en su portal. Se ha visto además que, para las evaluaciones anuales del CTBG, se aportan pocos datos sobre las solicitudes recibidas y que, cuando existen, las muestras son de tamaño muy reducido. Ni siquiera las remitidas por el propio CTBG son tramitadas correctamente, aunque, de nuevo, aquí, hay diferencias considerables entre los diversos sujetos del grupo. En 2021, sólo en la solicitud remitida al Tribunal de Cuentas se obtuvo la información, yéndose en el resto de casos del silencio a una ignorancia que conduce al desistimiento y supone, en mi opinión, una barrera inaceptable al ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

También es cierto, finalmente, que la propia metodología seguida para la evaluación es susceptible de mejoras. Por un lado, respecto a la publicidad activa, porque, como se ha visto, hay reparos respecto a la publicidad obligatoria que se repiten sistemáticamente frente a estos órganos y que realmente tienen que ver o con sus peculiaridades institucionales o con criterios opinables (por ejemplo sobre la duplicación de información desde fuentes centralizadas, sobre lo que debe considerarse formato reutilizable o sobre cómo juegan las obligaciones de transparencia respecto a estos órganos, que no están en la misma posición que las Administraciones). Por otro, porque como los datos existentes sobre las solicitudes de acceso son tan exigüos en cómputo anual, queda afectada la inteligibilidad y comparabilidad externa de las estadísticas de los indicadores. También la información remitida por las propias instituciones es muy dispar e incompleta, lo que hace de la gestión de las solicitudes de acceso y de la presentación de las formas para su ejercicio el mayor reto a afrontar en el corto plazo.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ANDREU LLOVET, R., *El acceso a la información pública en España: ¿truco o trato?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ARIZMENDI GUTIÉRREZ, M. E., «Metodología de Evaluación y Seguimiento de la Transparencia de la Actividad Pública (MESTA)», *Revista española de la transparencia*, n.º. 4, 2017, págs. 40-44.

CERDÁN ELCID, D., «Un modelo para evaluar las obligaciones de información de las Administraciones: el Índice de Transparencia de Canarias (ITCanarias)», *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n.º. 12, 2019, pp. 73-91.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Las limitaciones en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública identificadas a través del test de la ciudadana oculta», en VV.AA. (COTINO HUESO, L. y BOIX PALOP, A., coord.), *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 99-130.

CTBG. *Informe de evaluación de los órganos constitucionales y reguladores*, 2017.

CTBG. *Memoria de actividades 2019*.

GUICHOT REINA E., «La naturaleza del derecho de acceso a la información pública», *Revista española de la transparencia*, n.º. 18, 2023, pp. 17-49.

MEIJER, A., 'T HART, P. & WORTHY, B., «Assessing government transparency: an interpretive framework», *Administration & Society*, n.º. 50, vol. 4, pp. 501-526.

ROS MEDINA, J. L., «¿Es MESTA el sistema definitivo de evaluación de la transparencia en España?: Revisión de la aplicación práctica de esta metodología», *Revista española de la transparencia*, n.º. 11, 2020, pp. 45-73.

ROS MEDINA, J. L., «La evaluación de la transparencia en España a debate metodológico: Mesta e Índices de Transparencia Internacional», *Revista internacional de transparencia e integridad*, n.º. 6, 2018, pp. 1-22.

El impacto del derecho de la Unión Europea en el control de actividades económicas por parte de la Administración

The impact of European Union Law on the control of economic activities by the Administration

Irene Ruiz Olmo

Profesora Contratada Doctora

Universidad de Sevilla

<https://orcid.org/0000-0002-0240-8160>

RESUMEN: Las políticas liberalizadoras y simplificadoras de la Unión Europea han tenido un fuerte impacto en la configuración actual de la actividad de ordenación y control de las Administraciones públicas. De esta forma, tanto la comunicación como la declaración responsable se erigen como dos formas de intervención administrativa que buscan la simplificación administrativa para ciertos tipos de actividades económicas. En el presente trabajo nos proponemos abordar algunas de las deficiencias que presenta su inconclusa regulación en España, derivadas, sobre todo, de la ausencia de un régimen de intervención administrativa *ex post* de las actividades sometidas a estas dos figuras.

ABSTRACT: The liberalizing and simplifying policies of the European Union have had a strong impact on the current configuration of the management and control activity of public administrations. Thus, both the prior notification and the responsible declaration are forms of administrative intervention that seek administrative simplification for certain types of economic activities. In this paper, we aim to address some of the shortcomings of their unfinished regulation in Spain, stemming, above all, from the lack of a regime of *ex post* administrative intervention of the activities subject to these two mechanisms.

PALABRAS CLAVE: Simplificación administrativa, comunicación, declaración responsable, control, eficacia.

KEYWORDS: Administrative simplification, prior communication, responsible declaration, control, efficiency.

Recibido: 20-02-2025

Aceptado: 22-05-2025

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL IMPULSO A LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA A TRAVÉS DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS; III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COMUNICACIÓN Y DE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE; 1. La comunicación y la declaración responsable como fórmulas de simplificación administrativa; 2. ¿Es posible exigir que una misma actividad se sujete a un doble medio de intervención administrativa? IV. LA TRANSFORMACIÓN DEL MODELO DE CONTROL DE LAS ACTIVIDADES PRIVADAS; 1. La falta de acto administrativo en el régimen de las declaraciones responsables y sus problemas de control; 2. Límite temporal de la facultad comprobación de la legalidad de las actuaciones sometidas a declaración responsable; V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de casi dos décadas, la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior ha sido un pilar fundamental en la mejora de la libre actividad económica y de la libertad de establecimiento. La citada Directiva, establece un marco normativo para la simplificación y racionalización de los procedimientos administrativos en el ámbito de la prestación de servicios dentro de la Unión Europea, compatible con dos de sus principios fundamentales como son el de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios y, sobre todo, teniendo en cuenta que la exigencia de autorizaciones previas en muchos casos obstaculizaba este principio. En este sentido, la Directiva constituye una codificación de la jurisprudencia comunitaria europea sobre el alcance de estos dos principios, lo que implica su conversión en una disposición general cuyo cumplimiento se garantiza a través de un sistema específico en todo el ámbito de la Unión Europea¹.

Como consecuencia de su transposición a los ordenamientos internos, los Estados miembros a través de sus normas de simplificación administrativa han tratado de incrementar la eficiencia en la prestación de servicios, fortalecer la atención a los operadores económicos y promover una cultura de excelencia en los servicios para contribuir significativamente al crecimiento económico. Sin embargo, en el caso de España la experiencia adquirida durante estos años exige reflexionar sobre las carencias que presenta la regulación de las dos figuras protagonistas en el régimen de intervención administrativa en múltiples sectores de la actividad económica, la comunicación (previa)² y la declaración responsable que buscan, por un lado, facili-

¹ RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (2010: 89).

² A pesar de que tradicionalmente se ha venido hablando de «comunicación previa», la LPAC ha cambiado el nombre de este instrumento eliminado a la hora de abordar su regulación actual la palabra «previa», pasando a llamarse, simplemente, comunicación.

tar el acceso al mercado de los operadores económicos y, por otro lado, equilibrar el control de la Administración mediante la simplificación de los trámites administrativos. Además, hay ya una jurisprudencia importante que puede dar pie al legislador para perfeccionar el sistema para que, entre otras cuestiones, la función de control se siga cumpliendo cuando estemos en presencia de una de estas dos figuras.

II. EL IMPULSO A LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA A TRAVÉS DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

No cabe duda de que la creación de un mercado único en los países de la Unión Europea, junto con la eliminación gradual de las barreras que dificultaban la libre actividad económica y la libertad de establecimiento, supuso un punto de inflexión en el modelo de intervención de las Administraciones públicas. La innovación más relevante en esta materia es, sin duda, la que introdujo la Directiva de Servicios adoptada por la Unión Europea en 2006³.

Con una combinación de técnicas de desregulación, simplificación, armonización y cooperación interadministrativa y a través de nuevas técnicas organizativas y procedimentales⁴, el objetivo principal de esta Directiva es imponer en el seno de la Unión Europea un régimen de libertad de la iniciativa privada en las actividades económicas (no excluidas por la Directiva) como regla general (art.2), condicionando que pueda establecerse por los Estados miembros un sistema de control que, obediente al principio de menor onerosidad, excluye como técnica preferente los controles *ex ante*⁵. Se trata, por tanto, de posicionar a la Unión Europea en la actividad económica, a través de la simplificación administrativa para ciertos tipos de actividades económicas, permitiendo a los prestadores de servicios operar de manera más eficiente y rápida⁶ y dejando libertad a los Estados miembros para que incorporen la técnica concreta que consideren oportuna utilizar a tal efecto.

³ Autoras como RANCAÑO GILA, A. subrayan respecto a la naturaleza de esta Directiva que debe ser catalogada como la continuación natural del mercado único, que en el caso de los servicios ya se había preconizado a mediados de los ochenta y se había ido gestando desde entonces mediante la armonización y el reconocimiento mutuo de las disposiciones en sectores fundamentales como la banca y los seguros. Sobre todo, a través del reconocimiento recíproco de títulos para el acceso a profesiones reglamentadas y mediante la apertura de los mercados públicos o liberalización de algunos servicios clave como las telecomunicaciones. *Vid.* RANCAÑO GILA, A. (2015:85). Incluso al respecto ya se había pronunciado el TJUE, entre otras, en las sentencias del Tribunal de Justicia de 22 de enero de 2002 (asunto C-390/99, Canal Satélite Digital SL) y de 4 de junio de 2002 (asunto C-483/99, Comisión Europea vs República Francesa).

⁴ ESTEVE GARCÍA, F. (2011:6).

⁵ COSCULLUELA MONTANER, L. (2016:108).

⁶ Tras casi dos décadas, la simplificación administrativa continua siendo una prioridad en el programa político de la Comisión Europea. Un ejemplo de ello lo encontramos en el Paquete Ómnibus que reúne propuestas en diversos ámbitos legislativos conexos con objetivos tendentes a reducir las cargas administrativas que imponía, entre otros, el Pacto Verde Europeo a las empresas. Por su parte, el «Pacto para

En consecuencia, el régimen de intervención en múltiples sectores de la actividad económica trasciende a la comunicación y a la declaración responsable, que se erigen como dos formas de intervención administrativa que buscan por un lado, facilitar el acceso al mercado de los operadores económicos y, por otro lado, equilibrar el control de la Administración sobre actividades privadas de los ciudadanos mediante, como decimos, la simplificación de los trámites administrativos necesarios para el inicio de sus actividades sometidas a este tipo de control, con la posterior verificación del cumplimiento normativo por parte de la Administración. Así, con estas dos técnicas que, como sostiene RODRÍGUEZ FONT, antes de la Directiva de Servicios, inicialmente, se utilizaban para dispensar al administrado de acreditar documentalmente hechos de difícil prueba, bien por la propia naturaleza de éstos, bien por lo gravoso de la carga de tener que aportar la documentación necesaria y que recogía el ordenamiento jurídico español como alternativa a la autorización en ámbitos muy acotados, cuasi residuales⁷, reemplazan y/o complementan el régimen tradicional de licencias y autorizaciones para ciertos tipos de actividades económicas.

De esta forma y de acuerdo al artículo 9 de la Directiva, los Estados miembros solo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización previa cuando se reúnan las siguientes condiciones: que el régimen de autorización no sea discriminatorio para el prestador del que se trata; que la necesidad de un régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general⁸; y que el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una

una Industria Limpia: una hoja de ruta común para la competitividad y la descarbonización» tiene como objetivo acelerar la simplificación administrativa en la actividad industrial.

⁷ RODRÍGUEZ FONT, M. (2024:567). Un claro ejemplo lo encontramos en el ámbito urbanístico, en el que algunas Comunidades Autónomas ya habían incluido estas figuras en su regulación sectorial antes de la promulgación de la Directiva de Servicios, entre otras: art. 157 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de *Castilla-La Mancha*, en su redacción originaria; arts. 89, 96 y 97 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales de Cataluña; art. 179 del derogado *Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio*, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo también de Cataluña; art. 156 de la Ley del Suelo de Madrid y art. 207 de la Ley del Suelo del País Vasco. Un exhaustivo análisis del uso de estas figuras en el urbanismo español en: REBOLLO PUIG, M. (2019) y (2022). Tanto la declaración responsable como la comunicación estaban igualmente previstas en otras normas sectoriales como, por ejemplo, en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, en su redacción original; en la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente; en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de telecomunicaciones; y en la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público.

⁸ El concepto de «razones imperiosas de interés general» es un concepto dinámico que ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) y 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Entre otros, abarca los ámbitos del orden público, seguridad y salud públicas, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los

medida menos restrictiva, en concreto porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

No cabe duda de que, como sostiene MELLADO RUIZ, esta simplificación administrativa tiene que conjugarse con un incremento y refuerzo de las garantías mínimas de defensa y protección de los administrados instrumentalizadas en los correspondientes procedimientos administrativos⁹. Si bien este enfoque más flexible y orientado a la simplificación administrativa ha permitido a los operadores económicos obrar de manera más ágil, lo cierto es que ha traído consigo una menor capacidad de control por parte de las Administraciones públicas a pesar del reconocimiento de su potestad de intervención *ex post* para verificar si las condiciones previamente declaradas efectivamente se cumplen¹⁰. Ello se debe a dos circunstancias fundamentales, por un lado, a que el artículo 69 de la LPAC no reconoce expresamente la obligación de la Administración de iniciar un control cuando recibe la declaración responsable o la comunicación, sino que establece la posibilidad de que ese control se lleve a cabo¹¹. Y, por otro, a la falta de un correlativo incremento de los mecanismos de control *a posteriori* de la actividad, de un refuerzo de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, del fomento de la calidad de los servicios y a la falta de dotación de un mayor número de especialistas para llevarlo a cabo, como ya apuntará el Consejo de Estado en su Dictamen 779/2009 sobre el Anteproyecto de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Se instaura, por tanto, una nueva regulación de los controles, sobre todo, municipales de las actividades económicas que, como describe VELASCO CABALLERO, tiene como efectos la reducción de la actividad de la Administración, que con carácter general no tendrá ya que instruir el procedimiento para el otorgamiento de autorizaciones; la internacionalización en los particulares de los daños o perjuicios derivados de sus actividades económicas, que antes se trasladaban —parcialmente— a la Administración pública, al conceder ésta la autorización correspondiente previo análisis de su legalidad; y el fomento de la actividad de las «entidades colaboradoras» o de los profesionales o «técnicos» que certifican la conformidad del proyecto para el inicio de actividades económicas¹².

servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, bienestar animal, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, etc.

⁹ MELLADO RUIZ, L. (2008: 302).

¹⁰ Autores como LÓPEZ MENUDO, F. (2010: 113) subrayan que el proceso de transposición de la Directiva ha ofrecido una especie de indisciplina hacia lo troncal en la que el propio Estado ha sido el primer protagonista.

¹¹ TORRES BARQUILLA, Y. (2023: 268).

¹² VELASCO CABALLERO, F. (2014: 32-33).

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COMUNICACIÓN Y DE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE

En España, el cambio de paradigma del sistema administrativo europeo¹³ que ha traído consigo la aprobación de la Directiva de servicios, se ha consolidado por la transposición de la Directiva mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida como la Ley Paraguas), la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida como la Ley Ómnibus), la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, y la Ley 20/20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante, LGUM), sin perjuicio de la aprobación de otras normas estatales posteriores, con afectaciones en la materia. Además, estas leyes hicieron necesaria una reforma de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común para introducir el régimen jurídico de la declaración responsable y comunicación (art. 71 bis); texto posteriormente modificado por la Ley 39/2015, del 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que contempla la declaración responsable junto a la comunicación en el art. 69, configurando el régimen común de ambas¹⁴.

También las Comunidades Autónomas han aprobado sus propias leyes, con respeto a las leyes estatales mencionadas llamadas de simplificación administrativa. Si bien, en algunos casos, han interpretado que las leyes básicas estatales establecían únicamente un nivel mínimo de liberalización, susceptible de ser ampliado por cada Comunidad Autónoma, lo que ha dado lugar a una fragmentación normativa¹⁵. Y esto lo ha llevado a su clímax la Comunidad de Madrid con la Ley 6/2022, de 29 de junio, de Mercado Abierto que, en coherencia con el espíritu de la LGUM, permite a las empresas establecidas legalmente en otras regiones de España operar en el territorio madrileño sin necesidad de cumplir requisitos adicionales.

¹³ COSCULLUELA MONTANER, L. (2016: 103).

¹⁴ GONZÁLEZ BUSTOS, M^a. A (2016: 17). Sobre esta cuestión, véase: BLANQUER CRIADO, D. *La inspección (de actividades autorizadas o comunicadas)*, Tirant lo Blanch, 2018; CANALS AMETLLER, D. *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad: control, inspección y certificación*, Comares, 2003; CIERCO SEIRA, C., «Administración electrónica y Directiva de Servicios», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 12, 2010, pp. 337-378; JORDANA DE POZAS, L., «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, 1949, pp. 41-54; MORA RUIZ, M. Comunicación previa, declaración responsable y control posterior de la actividad en el ámbito local: aproximación a su régimen jurídico, REDA 155, 2012, pp. 237-276; y PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. *El nuevo marco de ejercicio de actividades económicas*, Aranzadi, 2014.

¹⁵ Traída también como consecuencia de la necesidad de adecuar su regulación a las características propias de los diversos sectores de intervención administrativa sobre los que se proyecta la actividad de los particulares.

En su versión inicial, el artículo 20 de la LGUM, estipulaba que, una vez que los operadores obtuvieran una autorización o presentaran una declaración responsable o comunicación para realizar una actividad o comercializar un producto en un territorio concreto (como una Comunidad Autónoma), podían ejercer esa actividad o comercializar esos productos en todo el territorio nacional. Esto impedía que las autoridades de otros territorios exigieran una nueva autorización, declaración responsable o comunicación (artículo 20 LGUM), salvo en situaciones específicas previstas por la propia ley.

En coherencia, y basándose en el principio de confianza mutua, obligaba a que las autoridades de cualquier territorio reconocieran la validez de los mecanismos de intervención aplicados por la autoridad competente del lugar de origen del servicio o producto. Esto era aplicable incluso si los requisitos o controles eran diferentes en alcance o intensidad entre territorios o, incluso, si en el lugar de origen no se exigía ningún requisito, control, cualificación o garantía para la actividad o la comercialización del producto (artículo 19 LGUM).

Pues bien, este principio de eficacia nacional, lo ha dejado sin efecto nuestro Tribunal Constitucional por vulnerar el principio general de territorialidad de las competencias autonómicas. A juicio del Tribunal, «los artículos 19 y 20 de la Ley 20/2013 alteran las relaciones entre los ordenamientos autonómicos, con el consiguiente menoscabo de las competencias autonómicas como consecuencia de la supresión del principio de territorialidad respecto de las competencias autonómicas relacionadas con el ejercicio de actividades económicas, las cuales verán reducida su eficacia en el propio territorio autonómico. Por un lado, porque la disposición general o el acto administrativo aprobado desde «la autoridad de origen» tiene un efecto extraterritorial que produce plenos efectos jurídicos, porque «la autoridad de destino» está obligada a asumir su validez ya que impone la asunción de la plena validez de los requisitos, cualificaciones, controles previos o garantías ya exigidos por aplicación de la normativa del lugar de origen (art. 19.3 de la Ley 20/2013) o, incluso, aunque la actividad económica no esté sometida a requisito en dicho lugar (art. 19.1, inciso final de la Ley 20/2013). Pero, además, ante esta disposición o acto no pueden oponerse las disposiciones o actos procedentes de «la autoridad de destino», que quedan, efectivamente, desplazados. Ahora bien, si es posible reconocer tales efectos cuando exista una equivalencia en las normas aplicables, esto es, cuando exista una legislación estatal común o una pluralidad de legislaciones autonómicas que fijen un estándar que pueda ser considerado equivalente» (FJ 13)¹⁶.

¹⁶ Un completo análisis de la sentencia en: RODRIGUEZ BEAS, M. (2018).

1. La comunicación y la declaración responsable como fórmulas de simplificación administrativa

La comunicación, como fórmula de simplificación administrativa, permite al ciudadano informar a la Administración de que va a realizar una actividad o acto sujeto a control. Este tipo de intervención supone que el interesado puede iniciar la actividad una vez haya hecho la comunicación, sin necesidad de esperar la respuesta de la Administración. No obstante, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente así lo prevea expresamente (art. 69.2 y 3 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante LPAC). Nuestro Tribunal Supremo se ha encargado incluso de resumir el modelo tradicional instaurado en nuestro ordenamiento jurídico antes de la normativa liberalizadora introducida por la Directiva de Servicios para el ejercicio de derechos o actividades que afectaran, en mayor o menor medida, a los intereses generales. Y que, en efecto, debían someterse a un previo acto de control de la Administración competente, que debía, con carácter previo, autorizar su ejercicio efectivo, garantizando que es acorde a dicho ordenamiento y, en definitiva, garantizar que no se vean afectados esos intereses generales. Como subraya nuestro Tribunal, «ese control ha venido tradicionalmente reservado a los actos autorizatorios, en nuestro derecho tradicional a las licencias, mediante las cuales el particular que pretenda dicho ejercicio solicita de la Administración competente una expresa autorización de que, en la forma que pretende ejercer el derecho o actividad, se cumplen las exigencias legales, por lo que solo puede iniciarse la actividad o el ejercicio del derecho una vez que la Administración ha constatado, con la aportación por el interesado de la documentación necesaria y las inspecciones oportunas, que el ejercicio que se pretende llevar a cabo está ajustado a las prescripciones legales. En ese sistema, hasta que no se dicte la correspondiente resolución por la Administración, el particular no puede ejercer el derecho o iniciar la actividad. Esa técnica, si bien aseguraba que el ejercicio de las actividades por los ciudadanos estaba garantizado en cuanto se examinaba, con carácter previo a su desarrollo, las exigencias normativas que se establecían, es lo cierto que esa previa actuación administrativa comportaba una importante demora para el ejercicio de tales actividades» (FJ 2)¹⁷.

A la vista del análisis de los supuestos en los que se utilizan cada una de estas figuras, se puede concluir que la declaración responsable quedaría reservada para aquellas actividades de mayor rigor en cuanto a su ejercicio, por afectar más in-

¹⁷ STS 293/2023 de 8 de marzo (Rec. 8658/2021).

tensamente a los bienes o intereses público; en tanto que la comunicación quedaría reservada para las de menor afectación a dicho interés¹⁸.

En el modelo actual, la declaración responsable es definida como «el documento suscrito por un interesado en el que éste manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable. Las Administraciones podrán requerir en cualquier momento que se aporte la documentación que acredite el cumplimiento de los mencionados requisitos y el interesado deberá aportarla» (art. 69.1 LPAC). La diferencia entre ambas figuras estriba en que a diferencia de lo que ocurre en la comunicación, en la declaración responsable no solo se comunica a la Administración, sino que también se afirma expresamente que se cumplen los requisitos. El particular puede iniciar la actividad o acto desde el momento de la declaración, pero la Administración puede verificar su cumplimiento posteriormente.

2. ¿Es posible exigir que una misma actividad se sujete a un doble medio de intervención administrativa?

Como ya se ha señalado, tanto la comunicación¹⁹ como la declaración responsable, buscan, por un lado, facilitar el acceso al mercado de los operadores econó-

¹⁸ Por ejemplo, en el artículo 13 de la Ley 16/2015, de 21 de julio, de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalidad y de los gobiernos locales de Cataluña y de impulso de la actividad económica, se recoge la declaración responsable para las actividades económicas inocuas, y la comunicación para las actividades económicas de bajo riesgo.

En la misma línea, y siguiendo la normativa de ordenación urbanística autonómica, el artículo 138 de Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, contempla la declaración responsable para la ejecución de obras de escasa entidad constructiva; obras en edificaciones existentes que sean conformes a la norma; y cambios de uso en edificaciones. De esta forma, la comunicación queda reservada para los supuestos de cambios de titularidad de licencias y declaraciones responsables; para el inicio de las obras; y en las prórrogas del plazo para indicar el inicio o finalización de las obras. En un sentido muy similar actúan los artículos 157, 158 y 159 del Decreto Legislativo 1/2023, de 28 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha al reservar la utilización de cada una de estas dos figuras para los mismos supuestos que la norma andaluza; si bien añade la declaración responsable para el supuesto de instalación de paneles fotovoltaicos sobre cubierta de edificaciones y en parcelas de suelo urbano siempre que no estén ocupadas por edificaciones.

¹⁹ Como se ha indicado anteriormente consecuencia de la incorporación de esta figura en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la

micos y, por otro lado, equilibrar el control de la Administración sobre actividades privadas de los ciudadanos mediante la simplificación de los trámites administrativos necesarios para el inicio de sus actividades sometidas a este tipo de control, con la posterior verificación del cumplimiento normativo por parte de la Administración. Como señala nuestro Tribunal Supremo, «el legislador común ha establecido esta dualidad de medios para la liberalización del ejercicio de actividades con la finalidad de que al regular dichas actividades por la normativa correspondiente, el titular de dicha potestad normativa pueda hacer la discriminación entre una u otra forma de acceso. Es decir, será esa normativa sectorial la que deberá determinar, entre las condiciones que se imponen para ejercerla, si la concurrencia de cumplir 'los requisitos establecidos en la normativa vigente... [o] dato relevante' para el ejercicio de la concreta actividad se cumplen en el solicitante y si debe realizarse dicha puesta en conocimiento con una declaración responsable o una comunicación; dando oportunidad a imponer, en dicha normativa sectorial, una mayor o menor exigencia de presupuestos para su ejercicio en uno u otro caso. Lo que no ofrece duda es que el legislador común no ha impuesto condición alguna para esa determinación, aunque sí impone una concreta prohibición, que ambos medios de comunicación son alternativos, porque el párrafo sexto de este artículo 69 excluye que sea posible la exigencia de ambas acumulativamente» (FJ 2)²⁰.

La exigencia de que el inicio de una misma actividad se sujete a un doble medio de intervención no solo contradice la legislación básica estatal, sino que también es contraria a los principios de necesidad y de proporcionalidad que garantiza tanto la Directiva de Servicios como la Ley de Garantía de Unidad de Mercado que dispone en su artículo 17.4 que: «Las autoridades competentes velarán por minimizar las cargas administrativas soportadas por los operadores económicos, de manera que, una vez aplicado el principio de necesidad y proporcionalidad de acuerdo con los apartados anteriores, elegirán un único medio de intervención, bien sea la presentación de una comunicación, de una declaración responsable o la solicitud de una autorización». Es por ello que resulta sorprendente como la STSJ de Canarias, de 10 de enero del 2024 (rec. núm. 229/2023), ha declarado conforme a derecho la resolución del Cabildo insular de Tenerife que invalidó la declaración responsable de una actividad turística «por carecer del preceptivo título habilitante para realizar una actividad clasificada mediante la presentación de una comunicación».

comunicación ha pasado a convertirse simplemente en «comunicación». Ahora bien, en el ámbito urbanístico es impensable una comunicación presentada *a posteriori* del inicio del ejercicio de la actividad o del acto pretendido, por lo que de facto no existe diferencia reseñable que comentar, al exigirlo la normativa autonómica. Vid. CHOLBI CACHÁ, F. (2020:372).

²⁰ STS 1312/2022, de 17 de octubre (Rec. 3837/2020).

La imposición de ambas de manera acumulativa proviene, por un lado, del artículo 4 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias que dispone que «las viviendas objeto de la presente regulación deberán cumplir las prescripciones contenidas en la Ley de Ordenación del Turismo de Canarias, las contenidas en el presente reglamento y el resto de las normas sectoriales que les sean de aplicación especialmente las de seguridad, salubridad, urbanísticas, técnicas, habitabilidad, accesibilidad y en general, la de actividades clasificadas». Este precepto hay que ponerlo en conexión con lo dispuesto en el artículo 13.1 del mismo decreto que exige que «con carácter previo al inicio de la actividad de explotación de una vivienda vacacional, los titulares de la misma o en su caso la[s] personas físicas o jurídicas a las que previamente el propietario haya encomendado su explotación, deberá[n] formalizar una declaración responsable, dirigida al cabildo insular correspondiente, en la que se manifieste el cumplimiento de los requisitos y preceptos desarrollados en el presente reglamento, que dispone[n] de la documentación que así lo acredita y que se comprometen a mantener dicho cumplimiento durante el tiempo en que se desarrolle la actividad».

Por su parte, el deber de presentar la comunicación está prevista en los artículos 13.2.a) de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias que dispone que «el establecimiento y ejercicio de la actividad turística es libre sin más limitaciones que las establecidas en la presente ley y en las demás de aplicación o en su reglamentación específica», entre ellas, el deber de comunicar que la actividad que se inicia se va a desarrollar conforme a derecho, comunicación a partir de la cual la entidad recurrente está facultada para iniciarla sin perjuicio del control posterior por la Administración creada a tal efecto que aplicará la legislación turística «sin perjuicio de la obligatoriedad de someterse a los controles y autorizaciones establecidos en el resto del Ordenamiento Jurídico aplicable» (último párrafo del artículo 24.1), controles entre los que se encuentra la comunicación prevista en la legislación de actividades clasificadas sin la cual, a juicio de la Sala, no es lícita la actividad turística de alquiler de viviendas vacacionales (FJ 3). Sin embargo, como sostiene LOZANO CUTANDA lo cierto es que si bien el decreto hace referencia al régimen de control *a posteriori* mediante comunicación, ello no excluye, claro está, que la normativa específica posterior pueda prever, como es el caso, el régimen de intervención de la declaración responsable que contiene, además, un régimen más riguroso de control *a posteriori* que la comunicación²¹, pero sin que quepa imponer un doble medio de intervención a una misma actividad atendiendo a los principios de necesidad y de proporcionalidad.

²¹ LOZANO CUTANDA, B. (2024).

IV. LA TRANSFORMACIÓN DEL MODELO DE CONTROL DE LAS ACTIVIDADES PRIVADAS

Aunque las declaraciones responsables simplifican y agilizan los trámites administrativos, permitiendo a los ciudadanos o empresas iniciar actividades sin esperar la aprobación previa, su control plantea desafíos tanto para las Administraciones públicas como para los particulares en términos de supervisión y garantía del cumplimiento de la legalidad. A su vez, su operatividad comporta que, en esa tarea de intervención del cumplimiento de la norma, se distribuya la responsabilidad entre Administración y ciudadano²². No obstante, se impone una carga excesiva al tercero afectado, teniendo que demostrar que la actividad objeto de comunicación no es conforme a derecho cuando la Administración no lo ha comprobado, y además puede no hacerlo.

Queda claro que el principal desafío de la declaración responsable es la ausencia de un control previo por parte de la Administración que, en todo caso, goza de cierta libertad a la hora de configurar el ejercicio de sus potestades de control. A diferencia de las licencias o autorizaciones, donde la Administración revisa los requisitos antes de permitir el inicio de la actividad, en el caso de la declaración responsable el control es *a posteriori*.

La LPAC no regula específicamente la ineficacia de las declaraciones responsables y las comunicaciones ni desarrolla el procedimiento para constatar esa ineficacia, aunque se presupone cuando se hace referencia a la «resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias»²³. La LPAC se limita a incluir en el párrafo 4 del artículo 69, que: «La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable, la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado, o la comunicación, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar. Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado por la ley, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación». Algunas normas sectoriales

²² MARTIN VALDIVIA, S. (2023:265).

²³ GARRIDO JUNCAL, A. (2017: 129).

han ido más allá tipificando como infracción administrativa la no presentación de declaración responsable, la inexactitud u omisión de carácter esencial en los datos, manifestaciones o documentos que se incorporen o acompañen a la declaración responsable o el incumplimiento de las previsiones contenidas en ella para el ejercicio de una determinada actividad o de las condiciones impuestas por la Administración para el ejercicio de la misma, como por ejemplo ha hecho el Reglamento del Dominio Público Hidráulico en su la redacción dada por el Real Decreto 1085/2024, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de reutilización del agua y se modifican diversos reales decretos que regulan la gestión del agua²⁴.

A pesar de estas previsiones, lo cierto es que el hecho de que la actividad se pueda iniciar inmediatamente tras presentar la declaración responsable puede incentivar a algunos operadores a actuar de manera poco rigurosa o incluso fraudulenta, presentando declaraciones sin cumplir realmente los requisitos, y de esta forma, que los efectos negativos de las mismas (daños al medio ambiente, riesgos de seguridad, etc.) puedan manifestarse antes de que la Administración tenga oportunidad de intervenir. Se produce, por tanto, un claro desequilibrio competitivo entre aquellos operadores que aprovechan las lagunas en el sistema de control y no cumplen estrictamente con los requisitos legales y aquellos que no lo hacen, otorgándoles una ventaja económica (costes menores, menos trámites), que puede distorsionar la competencia en el mercado.

En otras ocasiones, y fruto del desconocimiento, las personas que presentan una declaración responsable no son conscientes de todos los requisitos requeridos para el inicio de su actividad o desconocen el grado de detalle necesario para cumplir con la legislación. Ello puede acarrear errores involuntarios o el incumplimiento de normativas sin mala fe, pero con consecuencias legales graves tanto para los declarantes como para la Administración que debe corregir o sancionar estos incumplimientos.

A su vez, la efectividad del sistema de declaración responsable puede verse comprometida si las sanciones o medidas correctoras no son suficientemente rápidas o estrictas para desalentar incumplimientos. Aunque la declaración responsable aligera el proceso administrativo en la fase inicial (al no requerir una autorización previa), puede generar una sobrecarga en las fases de control e inspección posteriores. No cabe duda de que una vez presentada la declaración responsable, la Admi-

²⁴ Su disposición final primera modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril. Entre otros, se modifica el artículo 315. j) con la siguiente redacción: «La no presentación de declaración responsable, la inexactitud u omisión de carácter esencial en los datos, manifestaciones o documentos que se incorporen o acompañen a la declaración responsable o el incumplimiento de las previsiones contenidas en ella para el ejercicio de una determinada actividad o de las condiciones impuestas por la administración para el ejercicio de la misma, siempre que la valoración de daños no supere los 3.000,00 euros».

nistración tiene el derecho y el deber de realizar inspecciones para verificar el cumplimiento de la normativa correspondiente, pero para ello debe diseñar y mantener un sistema eficiente que verdaderamente permita revisar y controlar las actividades sujetas a declaración responsable, lo que, a su vez, requiere recursos significativos. En sentido contrario, si la Administración no está preparada para gestionar este flujo de inspecciones y controles posteriores, puede verse abrumada, generando una sensación de falta de control o de «autogestión» sin supervisión real por parte de la Administración que puede afectar negativamente al funcionamiento de este sistema de simplificación administrativa y al papel que juega la Administración en el control del cumplimiento de la legalidad.

En nuestro ordenamiento interno se ha extendido la utilización de estas figuras a todas las actividades económicas e incluso a sectores como el urbanismo y el medioambiente excediendo el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE. El legislador estatal lo que ha hecho ha sido asumir con indudable amplitud los principios de la norma comunitaria pero transponiendo las Directivas de forma inconclusa. Como acertadamente señala DOMÍNGUEZ MARTÍN, se ha hecho sin regular el régimen de intervención administrativa *ex post*; esto es, el régimen de control e inspección administrativa que habrá de seguir a la presentación de una declaración responsable o comunicación ante la Administración competente²⁵. Esto supone la quiebra de una buena Administración, puesto que, como ya advirtiera LÓPEZ MENUDO, el control administrativo sobre declaraciones responsables y comunicaciones debe ser tanto o más intenso, si cabe, que en las actividades autorizadas, pues si cunde la indisciplina en este campo dichas técnicas se irán desmoronando por sí solas, siendo únicamente viables u operativas si funcionan correctamente²⁶.

Este profundo cambio en la actividad de control, y si lo que verdaderamente se pretende es un control sistemático y no aleatorio del ejercicio de cuantos derechos y actividades se encuentran sometidos a declaración responsable y comunicación, exige el reforzamiento de las unidades de inspección que deben estar suficientemente especializadas y un incremento de los medios materiales destinados a tal efecto. A su vez, no debe soslayarse que la profesionalización de los cuerpos de inspección, formación y capacitación conlleva costes y desde luego un aumento o reasignación de los efectivos personales de los municipios y eso no siempre es posible, ya que, en muchas ocasiones, circunstancias económicas y estructurales impiden materialmente

²⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., «El régimen de las declaraciones responsables y de las comunicaciones: dudas y respuestas del Tribunal Supremo», Acento Local (de 8 de noviembre de 2023), disponible en: <https://www.gobiernolocal.org/acento-local/el-regimen-de-las-declaraciones-responsables-y-de-las-comunicaciones-dudas-y-respuestas-del-tribunal-supremo/> [Fecha de consulta: 4 de enero de 2025].

²⁶ LÓPEZ MENUDO, F. (2010: 141).

plantearse un protagonismo inmediato de los controles *ex post*. En este contexto, se incrementan las entidades colaboradoras de la Administración para realizar estas funciones, trasladando al nivel local un equilibrio público-privado ya ensayado en diversos sectores por razones económicas y tecnológicas²⁷. El recurso a estos organismos constituye una cobertura tanto para el particular como para la Administración, puesto que permite trasladarles parte de responsabilidad, en el caso de que las actividades que certifican o controlan ocasionen algún perjuicio. Ahora bien, lo cierto es que deben extremarse ciertas garantías del «control sobre el control» para evitar los riesgos propios de la privatización de los controles y del procedimiento administrativo, lo que ya está sucediendo con cierta controversia al atribuir por ejemplo a los colegios de arquitectos funciones relevantes en los procedimientos de concesión de licencias urbanísticas²⁸.

1. La falta de acto administrativo en el régimen de las declaraciones responsables y sus problemas de control

En el contexto de las declaraciones responsables y de las comunicaciones, el acto administrativo adquiere una connotación distinta respecto a los procedimientos más tradicionales (como las licencias o autorizaciones), fruto de que, por un lado, se habilita a los particulares a iniciar una actividad o ejercer un derecho sin necesidad de acto expreso resolutorio por parte de la Administración y, por otro, de que el control administrativo *a priori* sea sustituido por un control *a posteriori*.

Consecuentemente, el acto administrativo en el régimen de las declaraciones responsables adopta un rol reactivo y correctivo. La Administración actúa *a posteriori* a través de actos de inspección, verificación, sanción o revocación cuando considera que la actividad declarada no cumple con los requisitos establecidos.

Y es que, si analizamos la naturaleza de la declaración responsable, vemos que se trata de una manifestación unilateral de voluntad de un particular (persona física o jurídica) en la que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos normativos para realizar una actividad determinada²⁹. A pesar de que no es un acto

²⁷ RIVERO ORTEGA, R. (2009: 62). Al hilo de ello, y como sostiene RODRÍGUEZ FONT, M. (2024:571), las entidades colaboradoras de la Administración pueden actuar tanto a cargo del particular, en el momento de certificar la adecuación de sus actividades al ordenamiento jurídico (relación inter privados), como en un momento ulterior, a cargo de la Administración, en el ejercicio de funciones de control posterior que tiene.

²⁸ CHOLBI CACHÁ, F. (2020:391).

²⁹ Por tanto, tampoco toman cuerpo de solicitud, como mínimo no en los términos previstos en la LPAC, tal y como sostiene ROMÁN MARQUÉZ, A., pues no demandan el parecer de la Administración pública para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho, de forma que de ellas no se deriva un procedimiento administrativo orientado a la producción de un acto administrativo. Esta es la razón por la cual la LPAC excluye de la obligación de resolver y notificar a «[...] los procedimientos relativos al ejercicio

administrativo en tanto que no proviene de la Administración, sino del particular, lo cierto es que genera efectos jurídicos³⁰. En este sentido, LÓPEZ MENUDO considera que la naturaleza jurídica de las declaraciones responsables y comunicaciones se identifica con la carga administrativa, en el sentido de obligación impuesta a los particulares para el ejercicio de un derecho, en este caso, de naturaleza informativa³¹.

En este contexto, resulta paradójica la previsión contenida en el art. 314 quarter 5 del Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León al contemplar la caducidad de un acto del particular como es la declaración responsable de obras en los siguientes términos: «Los actos de uso del suelo amparados por declaración responsable deben realizarse dentro de los siguientes plazos de inicio y finalización, sin posibilidad de interrupción ni de prórroga, cumplidos los cuales la declaración se entenderá caducada: a) Plazo de inicio: antes de un mes desde la presentación de la declaración. b) Plazo de finalización: antes de seis meses desde la presentación de la declaración».

La declaración tiene validez para habilitar el ejercicio de la actividad, y la Administración puede ejercer su función de control *ex post*. Y aunque la declaración responsable no implica una actuación inmediata por parte de la Administración (como ocurre con una autorización), si puede emitir un acto administrativo formal ordenando la suspensión temporal de la actividad o revocando el derecho del particular a realizar la actividad. También cabe la imposición de un acto administrativo sancionador que implique la imposición de una multa o de una sanción administrativa.

Un aspecto clave por tanto es que, como hemos señalado, la declaración responsable no trae consigo un acto administrativo constitutivo o declarativo previo³², ya que la actividad puede comenzar desde el momento en que se presenta la declaración. Esto supone un cambio importante en la relación entre la Administración y los

de derechos sometidos únicamente al deber de declaración responsable o comunicación a la Administración» (art. 21.1 párrafo tercero). *Vid.* ROMÁN MARQUÉZ, A. (2022: 566).

³⁰ Es más, el propio 25.1 de la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia, cataloga a las comunicaciones como «acto jurídico del particular».

³¹ LÓPEZ MENUDO, F. (2010: 127).

³² Resulta de interés destacar como en el campo doctrinal se admite la posibilidad de que dicho acto administrativo pueda ser, además del expreso, que es la regla general, tácito, que es el que se produce cuando del modo de actuar de la Administración quepa presumir racionalmente la existencia de una voluntad productora de efectos jurídicos, por deducirse de una conducta expresiva al efecto tal y como subraya el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de febrero de 1988 (RJA 1418). Y eso es lo que a juicio de autores como VILLAR EZCURRA, J. L., podría ser extrapolable al campo de las declaraciones responsables y de las comunicaciones, en la medida en la que cuando la Administración admite una de estas figuras por parte del particular, ya que está admitiendo (de forma «tácita») que es jurídicamente correcta la actividad que va a desarrollar al amparo de la misma. *Vid.* VILLAR EZCURRA, J. L. (2020): «En busca del acto perdido en las declaraciones responsables y las comunicaciones: un desafío a la flecha del tiempo». Disponible en: <https://www.linkedin.com/in/jose-luis-villar-ezcurra-62180422/> [Fecha de consulta: 20 de enero de 2025].

particulares, ya que el acto administrativo únicamente surge si la Administración decide intervenir para realizar una verificación posterior o corregir un incumplimiento. Tampoco existe acto administrativo en los supuestos en que hubiera un plazo específico para vetar la actividad y la Administración no lo hiciera. Y es que, a juicio de NÚÑEZ LOZANO esta inhibición de la Administración no sería una autorización sino la inexistencia de un acto prohibitivo que permitirá al interesado seguir prestando la actividad ya iniciada, o bien comenzarla, si este comienzo pendía precisamente de la no emisión del acto obstativo de la Administración³³. Otra de las consecuencias que subyace de la inexistencia de acto administrativo es la incertidumbre sobre cómo se proyectan los efectos de la invalidez sobre la actividad privada sujeta a intervención en los casos en los que la Administración constata la existencia de irregularidades en ellas³⁴.

Además, en la medida en la que ni las declaraciones responsables, ni las comunicaciones inician un procedimiento administrativo³⁵, tampoco finalizan mediante un acto definitivo que pueda ser objeto de recurso³⁶. Consecuentemente, y como subraya el Tribunal Supremo, no cabe aplicar a las comunicaciones la causa de suspensión del plazo máximo para resolver prevista en el artículo 22.1.g) de la misma ley debido a que «si no existe ya, propiamente, un procedimiento sometido al régimen de autorización (esto es, un procedimiento que deba iniciarse con una solicitud del interesado y deba finalizar con una resolución favorable de la Administración), por haber sido sustituido normativamente por el régimen de la declaración responsable y la comunicación, lógico será concluir que existe una dificultad conceptual —más bien, imposibilidad— para aplicar directamente a la comunicación las causas de suspensión del plazo para resolver, que están previstas para aquellos procedimientos» (FJ 5)³⁷.

Tampoco suele operar el silencio administrativo, esto se debe a que la actividad puede iniciarse desde el momento de la presentación de la declaración sin esperar la

³³ *Vid.* NÚÑEZ LOZANO, M^a C. (2001: 38).

³⁴ Al respecto, la el Decreto de la Xunta de Galicia 144/2016, de 22 de septiembre, en desarrollo de la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia sí que contiene una exhaustiva regulación de la ineficacia de las comunicaciones (art. 17), el procedimiento para la declaración de esa ineficacia (art. 18) y la regulación de los efectos de esta (art. 19). Aspectos todos ellos que son analizados ampliamente por GARRIDO JUNCAL, A. (2017).

³⁵ Sino que se como argumenta TOSCANO GIL (2014: 298) se iniciará a partir del control de la Administración en el caso de que sea necesario

³⁶ Así lo dispone la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Barcelona, de 8 de mayo de 2014 (FJ 3) en relación con el último párrafo del art. 42.1 de la LRJPAC, que eximía a la Administración de la obligación de dictar resolución expresa en los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación a la Administración. Sobre este particular, *vid.* GAVIEIRO GONZÁLEZ, S. (2017: 1065)

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 1165/2022, de 20 de septiembre (Rec. 7031/2021).

respuesta de la Administración ya que no existe un plazo para que la Administración emita su resolución. Es por lo que, si el silencio administrativo llega a operar, debe entenderse como una convalidación tácita o una forma de legitimar la situación de hecho creada por el particular a través de su declaración responsable. Así lo han puesto de manifiesto resoluciones como la de 10 de octubre de 2013 y 23 de febrero de 2015 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía de Sevilla y del Principado de Asturias, respectivamente.

En coherencia, no cabe la posibilidad de que un tercero pueda interponer un recurso contencioso-administrativo frente a una actividad comunicada que entienda que es contraria a la normativa, sino que deberá solicitar la intervención de la Administración competente para que ordene la suspensión de la actividad cuestionada. En caso de que la Administración deniegue expresamente o por silencio administrativo dicha solicitud, o exista una falta de actuación material, entonces sí será posible interponer un recurso contencioso-administrativo, ya sea frente a la resolución que deniegue la solicitud (de forma explícita o implícita) o frente a la falta de actuación por parte de la Administración.

A nivel autonómico, la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña cuenta con un título VII dedicado específicamente a las potestades de inspección y control y va incluso más allá en lo que atañe a estas actuaciones relacionadas con estas figuras, ya que prevé el artículo 89.1 de la citada ley catalana la posibilidad de que los órganos competentes de las Administraciones públicas catalanas, que ejercen las funciones públicas de inspección y control, lo hagan tanto de oficio como a instancia de parte. De esta forma, al reconocerles expresamente a los interesados legitimación para instar el ejercicio de las facultades administrativas de inspección y control en el caso del reconocimiento o ejercicio de derechos o la realización de actividades sometidos únicamente a la carga de presentar una declaración responsable o comunicación, se abre una vía para que esas personas puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos en aquellos casos en que no hay un acto autorizador que quepa recurrir. Ese reconocimiento legal permite a los interesados impugnar jurisdiccionalmente la eventual inactividad de la Administración en el ejercicio de sus facultades de inspección y control, así como obtener por vía jurisdiccional el cese del ejercicio del derecho o de la realización de la actividad, así como la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de las situaciones jurídicas individualizadas que se hayan visto alteradas³⁸.

³⁸ MÍGUEZ MACHO, L. (2021:83). En el mismo sentido, tal y como sostiene AGUADO I CUDOLÁ, V. (2012:87) cuando una Administración tenga constancia de que la actividad que se inicia mediante una comunicación o una declaración responsable, sin perjuicio de que la actividad se inicie, se de traslado a los posibles interesados para que puedan instar a un control *a posteriori* de la actividad y solicitar, en su

En nuestra opinión es necesario que el legislador intervenga, regule y que incorpore estas disposiciones en la legislación básica estatal³⁹ ya que el régimen jurídico mínimo previsto en el artículo 69 de la LPAC para las declaraciones responsables suscita, entre otras cuestiones, la incertidumbre sobre el plazo del que dispone la Administración competente para ejercer sus potestades de comprobación y control sobre el objeto declarado o comunicado. Si bien, y como subraya NOGUEIRA LÓPEZ, se antoja complejo encontrar el equilibrio entre seguridad jurídica y agilidad; entre protección de intereses generales y derecho a una buena administración; entre simplificación y mantenimiento de trámites esenciales para garantizar la eficacia administrativa y los derechos de las partes y las competencias de los órganos implicados⁴⁰.

2. Límite temporal de la facultad comprobación de la legalidad de las actuaciones sometidas a declaración responsable

Como decimos, una de las cuestiones que está suscitando la falta de una regulación de la inspección administrativa es determinar cuál es el plazo del que dispone la Administración para ejercer sus potestades de comprobación y control sobre el objeto declarado o comunicado. Si la Administración no lleva a cabo la actividad de control a tiempo, pueden incluso surgir reclamaciones por daños o perjuicios derivados de actividades amparadas por una declaración responsable cuyo control no ha sido verificado. Además, el plazo de control puede estar limitado por los plazos de prescripción para las infracciones administrativas contenidos tanto en la LPAC como los específicos establecidos en cada normativa sectorial o autonómica.

Curiosamente el legislador sectorial sí ha recogido en el Texto Refundido de la Ley del Suelo, que utiliza tanto la figura de la declaración responsable como la de la comunicación, para que los trámites frente a la Administración sean más rápidos, una limitación temporal para que los ayuntamientos lleven a cabo su actuación de comprobación de la legalidad de las actuaciones sometidas a declaración responsable. Es más, el artículo 11.5 del citado texto normativo deriva la responsabilidad a la Administración cuando se haya mostrado renuente o perezosa en el ejercicio de la acción de control e inspección por un periodo superior a 6 meses.

caso, el cese de la misma si no cumple con los requisitos establecidos por la normativa aplicable o cuando pudieran producirse graves daños a terceros. En este sentido, autores como BAÑO LEÓN, J. M^º. (2015:371) y GONZÁLEZ BUSTOS, M^º. A. (2016:19) sostienen que la declaración responsable será un instrumento idóneo cuando no exista interés de terceros ni interés público que haya que defender, es decir actos que no tengan trascendencia inmediata.

³⁹ Autoras como NÚÑEZ LOZANO, M^º C. (2015:6), defienden su incardinación en la Ley 40/2015 de Régimen jurídico del sector público desde la premisa de la necesidad de una regulación «de carácter sustantivo referida a la técnica en sí y no al procedimiento que se inicia con la comunicación» y considerando, que es esta Ley la que aborda la regulación de los principios de la potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

⁴⁰ NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2011:50).

Sobre el plazo para la comprobación por la Administración de las declaraciones responsables y comunicaciones de los ciudadanos, ha tenido la oportunidad de pronunciarse en marzo de 2023 nuestro Tribunal Supremo. Lo ha hecho contradiciendo a lo sostenido por la Sala territorial en la sentencia que revisa⁴¹ que argumentaba que es improcedente que la comprobación administrativa por no poder tener en este punto una conformación temporal «más comprometida, frágil y contraria al principio de seguridad jurídica para su titular y terceros que en sede de licencias o autorizaciones expresas, de tal suerte que la verificación o comprobación de la conformidad de los datos que en ella se contienen en defecto de plazo establecido y hasta por analogía no puede ser reconocido más allá del plazo supletorio de tres meses y que, transcurrido ese plazo, la Administración debería haber actuado a través de la impugnación o revisión de oficio, con las garantías pertinentes» (FJ 3).

Frente a esta consideración, el Tribunal Supremo argumenta todo lo contrario. Por un lado, porque entiende que si el legislador en la exigua regulación de estos actos de comunicación anticipada contenida en el artículo 69 de la LPAC no recoge ningún plazo para realizarlo, no hay ninguna razón para imponerlo. Y por otro, porque con las declaraciones responsables y comunicaciones, «se establece una gestión compartida entre la Administración y los ciudadanos en la gestión de los servicios y que, en este nuevo contexto, es exigible a los ciudadanos la buena fe de que en las referidas declaraciones y comunicaciones se cumplen las condiciones para el ejercicio de derechos o actividades, mientras se ejercen y se llevan a cabo, lo que debe poder ser verificado en cualquiera momento por la Administración» (FJ 2).

A nuestro juicio, las conclusiones alcanzadas por nuestro Alto Tribunal generan una grave inseguridad jurídica a los ciudadanos derivada del sometimiento a la continua verificación pues la Administración en cualquier momento, «sin límite temporal alguno», podrá hacer uso de sus facultades de comprobación, control e inspección y dejar sin efecto esa declaración. En este sentido, nos cuestionamos si la facultad de comprobación no tendría que preverse muy alejada en el tiempo, en la medida en la que las actuaciones de inspección y control tienen por objeto determinar si el ejercicio del derecho o la realización de la actividad se sujeta materialmente a los requisitos impuestos por la normativa aplicable. Porque, ¿qué ocurre si el control se ha llevado demasiado tarde como para ser eficaz? ¿O qué ocurre cuando ese control es abusivo?

⁴¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 3609/2020, de 14 de septiembre (Rec. 163/2019).

V. CONCLUSIONES

Como reflexiones finales habría que señalar que, el desplazamiento de la mayor parte de la actividad administrativa de control desde un enfoque preventivo hacia uno posterior, debería quedar reflejado en una regulación mucho más detallada de estas dos figuras comunicadas en la propia LPAC. Sobre todo, en la medida en la que se han convertido en la piedra angular de la intervención administrativa de garantía de intereses generales, sirviéndose incluso de los beneficios de la Inteligencia Artificial. Sin embargo, existe una laguna en nuestro ordenamiento jurídico al respecto. No se ha logrado un verdadero equilibrio entre eficacia y garantía y esto es algo que incide negativamente sobre aquellas actividades que pueden generar un riesgo y que, por ende, hay que limitar porque pueden afectar incluso a la salud o a la vida de los ciudadanos como puede ser el caso de las viviendas de uso turístico que tanta polémica están generando. Tras casi dos décadas desde su implantación es necesario seguir reflexionando sobre las carencias y márgenes de mejora que tienen estas dos fórmulas para asegurar una mayor eficacia administrativa.

Con la significativa excepción del modelo incluido por Cataluña y de las previsiones contenidas en la normativa urbanística —que pueden servir de inspiración al legislador estatal beneficiando sobre todo a los ayuntamientos—, esta reconfiguración del marco jurídico relativo al control del ejercicio de actividades no ha ido acompañada ni de un régimen básico, ni de un reforzamiento de las unidades de inspección suficientemente especializadas, ni de un incremento de los medios materiales destinados a tal efecto. Todo ello evidencia que, en lugar de una transición de un control previo (*ex ante*) a un control posterior (*ex post*), se está produciendo una desregulación del procedimiento para la prestación de servicios y precisamente eso es lo que hay que evitar, que la simplificación sea un mero pretexto desregulador. De esta forma, no cabe duda del impacto negativo que tanto la ausencia de control como el control tardío pueden tener, no solo por permitir que se generen situaciones perjudiciales para terceros, sino también para el interés general.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUADO I CUDOLÁ, V., «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios: autorización, declaración responsable, comunicación previa y silencio positivo», en AGUADO I CUDOLÀ, V y NOGUERA DE LA MUELA, B., *El impacto de la Directiva servicios en las administraciones públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier (ed.), 2012, pp. 67-90.

BAÑO LEÓN, J. M. «Declaración responsable y derecho de terceros. El lado oscuro de la llamada better regulation», en REBOLLO PUIG, M., LÓPEZ BENÍTEZ, M. y CARBONELL PORRAS, E. (coord.), *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas, Libro homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel, 2015, pp. 351-371.

BLANQUER CRIADO, D. *La inspección (de actividades autorizadas o comunicadas)*, Tirant lo Blanch, 2018.

CANALS AMETLLER, D. *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad: control, inspección y certificación*, Comares, 2003.

CHOLBI CACHÁ, F., «Aspectos relacionados con la ineficacia de las comunicaciones previas o declaraciones responsables y su posible responsabilidad patrimonial en el ámbito autorizatorio urbanístico», en CERDEIRA PÉREZ, J. A.; DOMÍNGUEZ BLANCO, J. M. y VALENZUELA RODRÍGUEZ, M^aJ. (coord.), *Urbanismo: retos y oportunidades*, El Consultor de los Ayuntamientos, 2020, pp. 371-392.

CIERCO SEIRA, C., «Administración electrónica y Directiva de Servicios», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 12, 2010, pp. 337-378.

COSCULLUELA MONTANER, L., «El impacto del derecho de la UE en la regulación española de la intervención administrativa en la actividad económica», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 103-120.

ESTEVE GARCÍA, F., «Los diferentes instrumentos de liberalización incluidos en la Directiva 2006/123 de servicios», *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, pp. 21-56.

GARRIDO JUNCAL, A., «El régimen de ineficacia de las declaraciones responsables y las comunicaciones». En: *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2017, pp. 127-138.

GAVIEIRO GONZÁLEZ, S., «Análisis de la jurisprudencia sobre las comunicaciones previas y declaraciones responsables de actividades. Previsiones a la vista

del artículo 69 de la Ley 39/2015», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 12, 2017, pp. 1605-1610.

GONZÁLEZ BUSTOS, M^a A., «Simplificación administrativa, licencias urbanísticas y declaración responsable», *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 39, 2016, pp. 1-30.

JORDANA DE POZAS, L., «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, 1949, pp. 41-54.

LÓPEZ MENUDO, F., «La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa», *Revista española de la función consultiva*, núm.14, 2010, pp.111-150.

LOZANO CUTANDA, B., ¿Es posible exigir comunicación previa una actividad de alquiler vacacional sometida a declaración responsable?, *Diario La Ley*, núm. 10535, 2024.

MARTIN VALDIVIA, S., «Formas de intervención administrativa en el urbanismo andaluz: licencias, declaraciones responsables y comunicaciones previas», *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, vol. 115, 2023, pp. 265-331.

MELLADO RUIZ, L., «Principio de buena administración y aplicación indirecta del Derecho comunitario: instrumentos de garantía frente a la «comunitarización» de los procedimientos», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 27/2008, 2008, pp. 281-325.

MÍGUEZ MACHO, L. *La modernización del procedimiento administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

MORA RUIZ, M. Comunicación previa, declaración responsable y control posterior de la actividad en el ámbito local: aproximación a su régimen jurídico, *REDA* núm. 155, 2012, pp. 237-276.

NOGUEIRA LÓPEZ, A., «¿Reactivación económica o pretexto desregulador? Cambios en el control del acceso y ejercicio de actividades económicas y crisis», en VV. AA, *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público*, INAP (ed.), 2011, pp. 1-85.

NÚÑEZ LOZANO, M^a C., *Las actividades comunicadas a la Administración la potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

NÚÑEZ LOZANO, M^a C., «Las declaraciones responsables y las comunicaciones en el proyecto de ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 2, 2015, pp.1-7.

PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. *El nuevo marco de ejercicio de actividades económicas*, Aranzadi, 2014.

RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., «El impacto de la Directiva de Servicios en el procedimiento administrativo: autorización, declaración responsable y comunicación», *Revista jurídica de Navarra*, núm. 49, 2010, pp. 85-136.

REBOLLO PUIG, M., «De las licencias urbanísticas a las declaraciones responsables», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 11, 2019, pp. 6-28.

REBOLLO PUIG, M., «Disciplina urbanística: restablecimiento de la legalidad e inspección», en: MARTÍN VALDIVIA, SALVADOR M.^a (Director), *Nuevo paradigma en el urbanismo andaluz (Análisis de la Ley 7/2021, de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio en Andalucía)*, Ed. Civitas Thomson Reuters, 2022.

RIVERO ORTEGA, R., «La transposición de la Directiva de Servicios en las entidades locales», *Anuario de Derecho Municipal*, núm.3, 2009, pp. 45-70.

RODRÍGUEZ BEAS, M., «Competencias autonómicas en materia de ordenación de los equipamientos comerciales: estado de la cuestión tras la sentencia del tribunal constitucional 79/2017 sobre la ley de unidad de mercado», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 112, 2018, pp. 291-329.

RODRÍGUEZ FONT, M., «La contribución inicial de la jurisdicción contencioso-administrativa a la construcción del régimen de control (comunicación previa y declaración responsable)», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 90, 2014, pp. 187-226.

RODRÍGUEZ FONT, M., «Actividad de ordenación y control», *Manual de Derecho administrativo*, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Marcial Pons, 2024, pp. 549-573.

ROMÁN MÁRQUEZ, A., «Las técnicas de intervención administrativa: autorización, concesión, declaración responsable y comunicación», en GIFREU I FONT, J. (dir.), *Litigación administrativa*, 2^a Edición, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 565-600.

TORRES BARQUILLA, Y., “La «dudosa» responsabilidad patrimonial ante las técnicas de control *ex post* como las declaraciones responsables y las comunicaciones”, en «La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: presente y retos: XV Coloquio Luso-Español de Profesores de Derecho Administrativo», Iustel (ed.), 2023, pp. 263-276.

TOSCANO GIL, F., «Las medidas de reducción de cargas administrativas derivadas de la Directiva de Servicios», en GAMERO CASADO, E., *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Una metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 283-308.

VELASCO CABALLERO, F., «Sujetos privados en las comunicaciones previas y declaraciones responsables para el control municipal de actividades económicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 165, 2014, pp. 29-70.

Espacios naturales protegidos: el principio de no regresión y las áreas protegidas

Protected natural areas: the principle of non-regression and protected areas

Daniel Del Castillo Mora

Director de Sostenibilidad de Navantia, S. A., S. M. E.

Letrado de la Junta de Andalucía SS. EE.

<https://orcid.org/0000-0001-7905-3487>

RESUMEN: El principio de no regresión se abre paso como un instrumento eficaz y proporcionado para consolidar la protección de los espacios naturales protegidos, examinándose diversos pronunciamientos judiciales que no es valorable a priori en función de la clase de suelo afectado, sino que requiere una valoración casuística.

ABSTRACT: The principle of non-regression is emerging as an effective and proportionate instrument for strengthening the conservation of protected areas. Several judicial rulings have been considered, concluding that it requires a case-by-case assessment.

PALABRAS CLAVE: Espacios Naturales Protegidos. Principio de no regresión. Jurisprudencia.

KEY WORDS: Protected Natural Areas. Principle of non-regression. Case Law.

SUMARIO: I.- EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN Y LAS ÁREAS PROTEGIDAS. II.- NOVEDADES NORMATIVAS EN 2023. 1. Protección. 2. Declaración. 3. Planificación. 4. Organización y participación social. 5. Subvenciones. 6. Uso público. III.- NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN 2023. 1. La discrecionalidad autonómica en la planificación ambiental. 2. Las actividades mineras en espacios naturales protegidos y la extralimitación del título habilitante. 3. Sobre el régimen de actividades de uso público en los parques nacionales. 4. El error de prohibición y las obras autorizables en espacios naturales protegidos.

Recibido: 04-02-2025

Aceptado: 22-05-2025

I. EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN Y LAS ÁREAS PROTEGIDAS

El principio de no regresión ha ido engarzándose de manera natural con una materia que le era en principio ajena, pero que, por razón de su propia esencia, debía ser cuestión de tiempo dicho entronque.

Desde la óptica de la planificación de los espacios naturales protegidos, las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2012 y de 10 de febrero de 2016 (recurso de casación 1947/2014) recuerdan que sentencia de 29 de marzo de 2012, recuerda en su FD 7.º que el principio de no regresión calificadora de los suelos especialmente protegidos implica, exige e impone un plus de motivación razonada, pormenorizada y particularizada de aquellas actuaciones administrativas que impliquen la desprotección de todo o parte de esos suelos. Asimismo, la Sentencia 1003/2022, de 4 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (procedimiento 197/2022) ofrece una interesante sinopsis de cómo se aplica el principio de no regresión desde la óptica jurisprudencial, lo que lo hace desde la perspectiva de la STC 233/2015, de 5 de noviembre, cuando señala que «(...) *En términos constitucionales, esta relevante diferencia significa que la norma no es intangible, y que por tanto la apreciación del potencial impacto negativo de su modificación sobre la conservación del medio ambiente requiere una cuidadosa ponderación, en la que, como uno más entre otros factores, habrá de tomarse en consideración la regulación preexistente.*»

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 381/2023, de 22 de marzo (recurso de casación núm. 1451/2022) resuelve una cuestión de interés casacional que presenta una relevancia muy presente: determinar si la aprobación de una modificación puntual de un instrumento de planeamiento urbanístico que conlleva la modificación de usos en suelo no urbanizable de protección, manteniendo la clasificación, puede vulnerar el principio de no regresión en materia de protección ambiental.

Para ello se analiza la configuración del principio de no regresión, importado de Iberoamérica, pero que si bien en un primer momento se proyectaba sobre los espacios verdes, ha ido ganando protagonismo en la dinámica de los espacios naturales protegidos. Para los recurrentes (Junta de Extremadura, Ayuntamiento de Cáceres y mercantil promotora de planta fotovoltaica) la cláusula *stand-still* no impone el inmovilismo normativo, ni siquiera cuando la norma reduce puntualmente el estándar de protección, siempre que exista un interés público especialmente prevalente. En este caso ese interés prevalente es el medioambiente y la lucha contra el cambio climático. Mientras, la asociación ecologista ADENEX entiende que existen suficientes «indicios» de una afección «apreciable» a especies protegidas de las ZEPAS y a estos espacios, a la vista del Documento ambiental estratégico que propone evitar estas actividades (plantas solares) en 16 zonas de las 20 analizadas del suelo de Llanos por considerarlas incompatibles, dada «la grave regresión que muestra este grupo (de

aves esteparias) en los últimos años», por lo que solicita que se declare que la regresión en materia de medio ambiente en la planificación urbanística es una cuestión objetiva que puede llevarse a cabo sin que para ello sea requisito o condición una alteración de la calificación urbanística.

El Tribunal Supremo recuerda que el principio de no regresión o cláusula *standstill* se ha consolidado como *«instrumento eficaz para evitar la supresión o relajación del nivel de protección otorgado por el Derecho Medioambiental a determinados espacios naturales que pueden producir daños ambientales de carácter irreversible. Dicho principio es una obligación que se impone a los Poderes Públicos de no modificar o suprimir los estándares de protección ambiental que supongan una disminución del nivel de protección establecido, lo que no significa que no puedan modificarse tales estándares, petrificando la normativa, sino que para ello se exige una justificación reforzada o especial motivación de las innovaciones del planeamiento que incidan sobre espacios especialmente protegidos. Este principio de no regresión —no positivizado— y que, se ha dicho que encuentra su apoyo en el art. 45 CE y en el art. 3 y concordantes de la Ley del Suelo de 2015— constituye un límite de la actuación de los Poderes Públicos, en especial de su potestad de planeamiento territorial y urbanístico, que, además actúa como parámetro de validez de las actuaciones que incidan en materia medioambiental»*.

Por ello, concluye, dando la razón a la entidad recurrida que *«si la modificación del Plan comporta una vulneración del principio de no regresión es una cuestión fáctica y casuística, lo que, a nuestro juicio, impide un pronunciamiento general. El principio de no regresión en materia medioambiental en el planeamiento urbanístico, lo relevante es que comporte de facto y en la realidad sobre la que opera dicha medida, una menor protección o total desprotección, con independencia y al margen de que afecte —o no— a la clasificación o calificación del suelo sobre el que incide la norma»*.

Una aplicación práctica de dicho principio lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo 882/2023, de 30 de junio (recurso de casación 7738/2021) que determina que *«una cosa es que el nuevo uso industrial y de residuos, incluso peligrosos, que se autoriza en SNUP no vulnere las determinaciones de los planes reguladores de los espacios protegidos —si así fuera sería ésta, sin más, la causa de la invalidez de la modificación impugnada dada la prevalencia de la planificación ambiental de los espacios protegidos sobre la urbanística (arts. 2f), 19.2 y 31.6 de la Ley 42/2007)— y otra bien distinta que estos nuevos usos que se autorizan supongan un evidente retroceso en la protección ambiental del SNUP no justificada debidamente en un interés público prevalente, que es a lo que atañe el principio de no regresión, como acertadamente destaca la sentencia recurrida, y la razón última de decidir de ésta, pues, tal y como hemos explicado, en estos casos, sólo una justificación expresa y contundente basada en un interés público prevalente puede despejar la sospecha de arbitrariedad»*.

Desde la óptica formal también podemos analizar la aplicación del principio de no regresión aplicado a los espacios naturales protegidos, como realiza la Sentencia

135/2023, de 2 de febrero, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuando examina el reproche no contra la falta de uno o varios informes preceptivos sino por entender que no figuran en el expediente los informes técnicos que se han tomado en consideración para elaborar el Decreto 18/2020, de 11 de febrero, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid por el que se aprueba el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Nacional de la Sierra de Guadarrama en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid. Al efecto, señala que la mayor parte de las determinaciones establecidas en el plan rector no provienen de informes específicos redactados al efecto sino que resultan de trasladar a un territorio concreto la normativa básica de la Red de Parques Nacionales y de la ley de declaración del propio parque, de la normativa ambiental y los informes técnicos que se han ido elaborando a lo largo de varios años para esta zona, lo cual es perfectamente posible en relación con la normativa que protege valores medio ambientales en aplicación del principio de no regresión ambiental, que mantiene el compromiso de no retroceder en los estándares de protección ambiental que ya han sido normativamente establecidos. De modo que, cuando se respetan tales estándares basados en sus correspondientes informes técnicos, la nueva normativa no ha de reiterarlos, aunque, en base al principio de no regresión ambiental, ha de respetar con carácter general el nivel de protección anteriormente reconocido.

II. NOVEDADES NORMATIVAS EN MATERIA DE ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS EN 2023

Con ánimo de sistematizar las principales novedades en materia de espacios naturales protegidos durante el año 2023, procederemos a agruparlas en los bloques principales, abordándose de manera cronológica.

1. Protección

El año 2023 se ha caracterizado por una notable actividad autonómica sobre la protección en la materia de espacios naturales protegidos, proyectándose de manera heterogénea y no exenta de transacciones con la Administración General del Estado.

Como hitos más relevantes, deben citarse la Ley 2/2023, de 31 de enero, de Biodiversidad y Patrimonio Natural de La Rioja, así como la Ley 1/2023, de 7 de febrero, que modifica la Ley 5/2005, de 26 de mayo, para la conservación de los espacios de relevancia ambiental de las Islas Baleares.

Ambas leyes, desde un plano formal, no han sido pacíficas en el momento de su promulgación, ya que sobre ambas pesaban sendos conflictos competenciales. Respecto del primero de ellos, el grueso de la disputa se ha resuelto con la publicación

de la Resolución de 24 de noviembre de 2023 por el que en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de La Rioja, ésta acuerda la derogación de los artículos 6, 22, 24, 25, 28, 30, 31 y 32, en el seno del Título I «*Integración transversal sectorial de la conservación y restauración del patrimonio natural*». En el caso de la ley balear, la discrepancia se resolvió mediante acuerdo que reconducía el conflicto sobre la disposición adicional séptima que incorpora a la Ley 5/2005, de 26 de mayo, al régimen propio de las competencias autonómicas sobre espacios naturales protegidos.

Desde un punto de vista material, resulta más trascendente la norma riojana, de la cual podemos destacar los dos primeros títulos. En el primer título se recoge la integración de los principios de conservación del patrimonio natural y de la biodiversidad en diferentes actuaciones sectoriales, teniendo en cuenta el carácter transversal de la conservación del patrimonio natural y de la biodiversidad y los postulados europeos en esta línea. De esta forma, se presentan elementos de contenido de esta ley sobre estadística, ordenación del territorio, urbanismo e infraestructura verde urbana, actividades agropecuarias, actividades forestales, cinegéticas y piscícolas, actividades extractivas, ecosistemas acuáticos, infraestructuras, energía y turismo. El título II, de los espacios protegidos del patrimonio natural, recoge, por una parte, las disposiciones comunes de todos ellos y, por otra, las diferentes tipologías de espacios protegidos, entre los que se distinguen los espacios naturales protegidos de la Red Natura 2000, la nueva red de zonas naturales de interés especial y aquellos designados en aplicación de instrumentos internacionales. Se crea la Red de Espacios Naturales Protegidos de La Rioja y se establecen las caracterizaciones y desarrollo de esta nueva red.

Del mismo modo, debe destacarse el Decreto 31/2023, de 28 de marzo, por el que se crea la Alianza por los Servicios de los Ecosistemas de Castilla-La Mancha, órgano colegiado al que corresponde el intercambio de experiencias y la acción conjunta de sus miembros para incrementar los recursos disponibles destinados a la restauración, gestión, promoción y conservación de los servicios que generan los ecosistemas naturales de Castilla-La Mancha. Los proyectos y actuaciones para desarrollar en el ámbito de la Alianza en general se destinarán a la conservación, restauración, mejora, gestión, promoción y puesta en valor del medio natural de la región y sus servicios ecosistémicos. Este interesante laboratorio de impulso de estos servicios ecosistémicos merece un especial seguimiento durante los próximos años, ya que los espacios naturales protegidos y las zonas rurales que los conforman necesitan de este tipo de ideas para impulsar un verdadero desarrollo sostenible que aleje el abandono de la conservación, de la economía rural y, por tanto, abandone la despoblación que les afecta. En la misma línea, debe destacarse el Acuerdo de Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 14 de febrero de 2023, por el que se aprueba la formulación

de la Estrategia Andaluza de Biodiversidad Horizonte 2030, con objeto de adaptar al nuevo contexto normativo y nuevos enfoques en la planificación y gestión de la biodiversidad, adoptando un nuevo marco estratégico que oriente las políticas públicas de la Administración andaluza en esta materia y adecúe sus objetivos, acciones y programas al horizonte temporal de 2030.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones, la unicidad del territorio no empece al ejercicio de simultáneas competencias sobre el mismo (SSTC 15/2008, 15/2018), por lo que deben significarse algunas de las regulaciones sectoriales que se han acercado a la materia de espacios naturales protegidos.

En primer lugar, debemos citar como norma básica la Ley 5/2023, de 17 de marzo, de pesca sostenible e investigación pesquera. El título IV está dedicado a las medidas de protección y regeneración de los recursos pesqueros, entre otras, la declaración de zonas de protección pesquera; la regulación de la actividad en los espacios marinos protegidos; medidas preventivas respecto a actividades susceptibles de perjudicar a los recursos pesqueros o sus hábitats, o cualquier otra medida que aconseje el estado de los recursos. En este ámbito, sin duda, ocupa un papel destacado la adopción de medidas conducentes a minimizar las capturas accidentales de cetáceos, tortugas marinas y aves en las artes de pesca. A este respecto, cabe destacar que reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido declarando que «por pesca marítima hay que entender la regulación de la actividad extractiva y, como presupuesto de ella, el régimen de protección, conservación y mejora de los recursos pesqueros» (por todas, SSTC 147/1991; 44/1992; 57/1992; 149/1992; 184/1996; y 38/2002). En consecuencia, la protección, conservación y regeneración de los recursos pesqueros es una parte consustancial a la legislación pesquera y, en la medida en que sus herramientas son suficientes para evitar la pérdida de biodiversidad, son las que han de aplicarse al caso, teniendo en cuenta que los recursos pesqueros, por aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, están excluidos de dicha norma.

En cuanto a la normativa autonómica, pueden citarse, por orden cronológico, la Ley 3/2023, de 6 de marzo, por la que se modifica, entre otras, parcialmente la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias y otra normativa sobre suelo (debiendo completarse en la materia y comunidad autónoma con Resolución de 7 de junio de 2023, por la que se hace público el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Canarias, en relación con el art. 65 de la Ley 6/2022, de 27 de diciembre, de cambio climático y transición energética de Canarias, instando el impulso de las políticas canarias en la materia); la Ley 3/2023, de 30 de marzo, de Economía Circular de Andalucía; la Ley 13/2023, de 30 de marzo, de dinamización

del medio rural de Aragón (con el impulso a la custodia del territorio); así como la Ley 4/2023, de 6 de julio, de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia (regulando, entre otras cuestiones, la autorización o informe para usos y actividades sobre espacios naturales protegidos).

Por su carácter singular y en atención al extraordinario hecho acaecido, el Decreto-Ley 9/2023, de 18 de diciembre, regula la recuperación económica y social de la isla de La Palma tras la erupción volcánica de Cumbre Vieja, zonificando en cuatro zonas diferentes:

1) Zonas de menos de 10 metros de espesor de colada, en las que las condiciones de la lava permiten ya llevar a cabo la recuperación.

2) Zonas de más de 10 metros de espesor de colada, en las que los estudios científicos sobre el estado del suelo impiden, de momento, llevar a cabo actuaciones de recuperación.

3) Zonas sujetas a medidas cautelares por la posible existencia de valores geomorfológicos a proteger (volcán de Tajogaite y su entorno, así como las dos fajas), lo que, con ese carácter provisional, impide llevar a cabo cualquier actuación de recuperación.

4) Zonas que forman parte del ámbito territorial de espacios naturales protegidos (parque natural de Cumbre Vieja y el monumento natural de Los Volcanes de Aridane) en las que la recuperación se vincula con lo que permita la ordenación de cada uno de ellos.

Precisamente, debemos detenernos en esta zona cuarta, para la cual se define como zona de recuperación en espacio natural protegido las zonas declaradas como espacio natural protegido con anterioridad a la erupción del volcán, regulándose un régimen cautelar (art. 13) y un régimen general (art. 14) general y un régimen cautelar, debiendo destacarse que conforme al apartado 3 de este último precepto los usos, las actividades, incluidas las agrarias, y las edificaciones que, antes de su destrucción por la colada, se encontraran en situación legal o en situación asimilada a legal de acuerdo con lo previsto en el presente decreto ley, se declaran compatibles con la ordenación de esos espacios a los efectos de su restablecimiento o, en el caso de que la misma sea inviable, si la persona afectada es titular o tiene un derecho de disposición sobre una parcela situada en una zona con colada de menos de 10 metros de espesor dentro del ámbito territorial de la colada podrá reubicar la actividad agraria y/o la edificación preexistente en esta segunda parcela, agotando con ello su derecho.

Resulta muy relevante la progresiva colaboración e interacción de la sociedad y los titulares de fincas en la propia gestión de los espacios naturales protegidos. Como recalca acertadamente la exposición de motivos del Decreto 161/2023, de 29

de agosto, que regula el Registro de Fincas con Iniciativas de Conservación del Patrimonio Natural y la Biodiversidad en Cataluña debe tenerse en cuenta que la mayor parte del territorio y de los espacios naturales de Cataluña son de titularidad privada, y que no siempre las formas tradicionales de actuación de las administraciones públicas en favor de la conservación del patrimonio natural y la biodiversidad alcanzan los objetivos establecidos debido a la complejidad de esta materia y a su limitada capacidad para actuar en todo el territorio. Resulta evidente que tiene que existir un marco de ordenación mínimo, que cumplen los respectivos instrumentos de planificación ambiental, pero, dentro de los mismos, debe procurarse la participación de la sociedad y los titulares de fincas privadas, al menos, en la gestión de los espacios naturales protegidos, mediante fórmulas que deben ir explorándose y extendiéndose. En definitiva, la sociedad no puede permanecer ajena a su obligación para con los espacios naturales protegidos, debiendo procurarse una participación activa en la gestión, que no es, sino una manera de interiorizar sus valores, como, por otro lado, ha venido sucediendo desde tiempo inmemorial con estas zonas. La combinación de la tutela pública, el conocimiento científico y la colaboración pública-privada deben ser los ejes sobre los que se asiente una adecuada gestión de las áreas protegidas.

Finalmente, dejamos citada la Ley 2/2023, de 22 de marzo, que regula determinados aspectos de la Red ecológica europea Natura 2000 en la comunidad autónoma de Extremadura.

2. Declaración

Viene siendo tónica habitual que los años anteriores son poco prolíficos en nuevas declaraciones. Piénsese que la superficie actualmente protegida en el territorio español, según la información del MITERD, es de casi el 20 % del total del territorio terrestre y marino español, lo que comporta que las nuevas declaraciones se vayan sumando a un ritmo más pausado.

Como hito más destacado, debe citarse la Ley 3/2023, de 17 de febrero, que establece las normas reguladoras de Menorca Reserva de Biosfera, cuyas discrepancias con el Estado quedaron resueltas mediante la publicación del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación de 7 de noviembre de 2023 en el que los preceptos en conflicto *«se aplicarán y desarrollarán, en el ejercicio de las potestades normativas y administrativas del Gobierno de las Illes Balears, con respeto a lo dispuesto en la normativa estatal, a los criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, en particular, salvaguardando las competencias del Estado»* de las materias sectoriales objeto de divergencias. A pesar de diversos intentos anteriores, desde la declaración de Menorca como reserva de biosfera en el año 1993 no se había aprobado ningún instrumento normativo propio y específico, a pesar del interés recurrente para reivindicar la figura de la ley de la reserva como instrumento oportuno y necesario para hacer efectivos los com-

promisos que justificaron este reconocimiento, cuestión que viene a solventarse con la norma aludida.

Igualmente, debe citarse la Orden 9/2023, de 5 de mayo, de la Generalitat Valenciana, por la que se acuerda iniciar el procedimiento de declaración del parque natural la Sierra Escalona y la Dehesa de Campoamor en los términos municipales de Orihuela, San Miguel de Salinas y Pilar de la Horadada, territorio que constituye un ámbito que concentra numerosos valores ecológicos, ambientales y paisajísticos, hasta el punto de constituir uno de los ámbitos más relevantes a nivel regional.

Por su especial relevancia cualitativa y cuantitativa, traemos a colación la Resolución de 27 de febrero de 2023, que incluye cuatrocientas zonas húmedas en el Inventario de Zonas Húmedas de Galicia. En el marco del inventario gallego del patrimonio natural y de la biodiversidad previsto en el artículo 115 de la Ley 5/2019, de 2 de agosto, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad de Galicia, y mediante el Decreto 127/2008, de 5 de junio, por el que se desarrolla el régimen jurídico de las zonas húmedas protegidas y se crea el Inventario de zonas húmedas de Galicia, se otorga cobertura normativa al inventario y clasificación de las zonas húmedas gallegas.

Como figura híbrida entre la protección y la declaración, la Orden de 20 de marzo de 2023 adapta la figura de protección de los biotopos protegidos declarados en la comunidad autónoma del País Vasco, a la tipología de espacios naturales protegidos establecida en el art. 37 de la Ley 9/2021, de 25 de noviembre, de conservación del patrimonio natural de Euskadi.

Finalmente, procede mencionar dos iniciativas extremeñas como son los decretos 65 y 66/2023, de 24 de mayo, los cuales declaran correspondientemente tanto el monumento natural Cerro Masatrigo como el parque periurbano de conservación y ocio Dehesa de la Luz, en el término municipal de Arroyo de la Luz.

3. Planificación

En atención a su carácter de norma básica, debemos principiar por el Real Decreto 150/2023, de 28 de febrero, que aprueba los Planes de Ordenación del espacio marítimo de las cinco demarcaciones marinas españolas, correspondiente a las zonas: noratlántica, sudatlántica, Estrecho y Alborán, levantino-balear, y canaria. Como se establece en el art. 2.3 del real decreto de referencia, «*A los espacios marinos protegidos se les aplicará con carácter prevalente la normativa vigente de planificación y gestión de los mismos, sin perjuicio de su catalogación en los planes de ordenación del espacio marítimo como zonas de uso prioritario para la conservación de la biodiversidad*». Estos planes deben servir para garantizar la sostenibilidad de las actividades humanas en el mar, y al mismo tiempo, facilitar el desarrollo de los sectores marítimos, y la consecución de los ob-

jetivos que dichos sectores se han fijado, con especial atención a aquellos objetivos establecidos para cumplir los compromisos del Pacto Verde Europeo, el Acuerdo de París, la Estrategia de adaptación al cambio climático de la Unión Europea (UE) y la Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030, entre otros.

Igualmente, por su relevancia por la figura que regula, resulta cita obligada el Decreto 238/2023, de 13 de septiembre de la Comunidad de Madrid, que modifica el Decreto 18/2020, de 11 de febrero, del Consejo de Gobierno, por el que aprueba el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Nacional de la Sierra de Guadarrama, al objeto de incluir la relación de las pruebas deportivas de baja incidencia ambiental que podrían autorizarse por la comunidad de Madrid, así como la relación de caminos y senderos autorizados para el acceso público en zonas restringidas.

En cuanto a la figura de los parques naturales, debemos constatar una tendencia, cual es imbricar la planificación tradicional de la ordenación de recursos naturales, con los planes de gestión de la Red Natura 2000. En esta línea se halla el Decreto 27/2023, de 8 de mayo, de las Islas Baleares, por el que se aprueba el Plan de ordenación de los recursos naturales (PORN) de Es Trenc-Salobrar de Campos, debiendo tenerse en cuenta no solo los importantes ecosistemas marinos y dunares que se encuentran en el mismo, sino las actividades tradicionales antrópicas desarrolladas en el espacio, como la actividad salinera, concurriendo diversas figuras de protección internas y europeas.

Del mismo modo, por la riqueza de los ecosistemas que encierra, resulta relevante el Decreto 100/2023, de 15 de junio, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Archipiélago Chinijo y Famara, cuya aprobación trae causa de una sentencia que trajimos a colación en la redacción del OPAM 2018, por la cual, ya que el parque natural del Archipiélago Chinijo fue ordenado mediante el correspondiente plan rector de uso y gestión, aprobado por la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias (COTMAC), en sesión celebrada el 10 de julio de 2006 (BOC n.º 185, de 21.9.2006). No obstante, el citado plan rector de uso y gestión fue anulado mediante Sentencia de 27 de junio de 2016, del TSJ de Canarias, confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017, con la clásica línea jurisprudencial por la que la consecuencia de la inexistencia de PORN, cuando la declaración del espacio natural protegido se ha realizado por Ley, como sucede en este caso, es que tal declaración pierde su eficacia con todas las consecuencias jurídicas derivadas de ello, la cual se recobra cuando se aprueba el correspondiente PORN. Por tanto, la futura ordenación del parque natural y la recuperación de la plena eficacia de su declaración, conforme determina el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, requiere de la necesaria y preceptiva aprobación del PORN. De esta manera, se ha considerado oportuno proponer como

ámbito del PORN una superficie que incorpora la totalidad de los terrenos de la zona de especial protección para las aves (ZEPA) Islotes del Norte de Lanzarote y Famara (ES0000040), que resulta ser de mayor extensión que la que corresponde estrictamente al parque natural. De esta manera, se evita fragmentar este ámbito continuo de protección, que se superpone coincidiendo en buena parte con el parque natural del Archipiélago Chinijo, pero que se prolonga más allá de sus límites sobre los terrenos arenosos del sistema sedimentario eólico de El Jable, entendiéndose que tal reconocimiento se fundamenta en la existencia de valores de interés para la conservación de un sistema natural compartido que debiera ser abordado desde una perspectiva de ordenación conjunta de los recursos naturales.

El Decreto 33/2023, de 18 de mayo, del Gobierno de Cantabria, por el que se aprueba las Normas de Protección del Área Natural de Especial Interés La Viesca, términos municipales de Torrelavega y Cartes regula la ordenación de este espacio natural protegido, figura propia de la normativa cántabra, cuya característica principal se singulariza en poseer un carácter singular dentro del ámbito regional o municipal en atención a sus valores botánicos, faunísticos, ecológicos, paisajísticos y geológicos y cuya conservación es necesario asegurar. La declaración de éstas también debe contribuir a reforzar la participación de las entidades locales y de la iniciativa privada en la conservación de la biodiversidad de Cantabria, complementando la acción de la Administración de la comunidad autónoma en materia de espacios naturales protegidos.

Por su parte, en cuanto a las modificaciones de los instrumentos ya en vigor, tenemos varios ejemplos que modifican su contenido o el ámbito territorial objeto de protección. En este sentido, el Gobierno de las Islas Baleares ha sido prolijo pudiendo citarse el Decreto 2/2023, de 23 de enero, que aprueba la modificación puntual del Plan de ordenación de recursos naturales (PORN) de la Serra de Tramuntana, aprobado por el Decreto 19/2007, de 16 de marzo; el Decreto 8/2023, de 20 de febrero, aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de Llevant y amplían los límites del parque natural de la Península de Llevant; o, el Decreto 36/2023, de 12 de junio, por el que se aprueba la modificación del Plan de ordenación de recursos naturales de s'Albufera de Mallorca, aprobado por Decreto 7/2021, de 22 de febrero. Por parte de la Xunta de Galicia, se aprueba el Decreto 21/2023, de 2 de marzo, que modifica el Decreto 211/1996, de 2 de mayo, por el que se aprueba el Plan de ordenación de los recursos naturales del espacio natural de las Fragas do Eume, y por el que se aprueba el Plan rector de uso y gestión del Parque natural de las Fragas do Eume.

El régimen cautelar de protección se visualiza mediante sendas resoluciones de 31 de mayo y 15 de junio de 2023 de la Comunidad Valenciana que adoptan las medidas cautelares previstas en la Ley 11/1994, de 27 de diciembre, de espacios

naturales protegidos relativas al proyecto de decreto del Consell, de aprobación del plan rector de uso y gestión del monumento natural el Afloramiento Volcánico y la playa fósil del Cap Negret de Altea, así como el Paisaje Protegido de la Sierra de Maigmó y Serra del Sit, en los términos municipales de Tibi, Castalla, Sax, Petrer y Agost, mientras se tramitan, aprueban y publican sus respectivos planes rectores de uso y gestión.

En cuanto al acuerdo de formulación, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía ha tramitado los acuerdos de 14 de marzo de 2023 (PORN del Parque natural de la Sagra); 4 de julio de 2023 (PORN del ámbito de la desembocadura del Guadalhorce); 18 de julio de 2023 (PORN y PRUG de la Sierra de Baza y de la Sierra de Huétor); 3 de octubre de 2023 (PORN del Paraje Natural Marismas del Odiel y de las Reservas Naturales Isla de Enmedio y Marisma de El Burro y del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la Reserva Natural Laguna de El Portil y de los Parajes Naturales Enebrales de Punta Umbría, Estero de Domingo Rubio, Lagunas de Palos y Las Madres, Marismas de Isla Cristina y Marismas del río Piedras y Flecha del Rompido) y de 24 de octubre de 2023 (PORN y PRUG Sierra de Castril).

Finalmente, en el ámbito de los instrumentos de planificación económica de los espacios naturales protegidos, la resolución de la Junta de Andalucía de 10 de agosto de 2023 emite y hace pública la declaración ambiental estratégica del II Plan de Desarrollo Sostenible del Parque Natural Sierra de Andújar.

4. Organización y participación social

En el ámbito organizativo, el Real Decreto de 4 de abril de 2023 establece la imagen corporativa e identidad gráfica de la Red de Parques Nacionales, justificado en la importancia de la comunicación y la trascendencia de la imagen en las organizaciones actuales, especialmente en las administraciones públicas, así como la necesidad del sistema que forma la Red de Parques Nacionales de reafirmar su carácter diferencial, con el objeto de establecer su imagen corporativa e identidad gráfica y regular el uso de los elementos básicos de la misma con la pretensión de mejorar y unificar la proyección exterior de dicha Red.

En cuanto normas autonómicas, vamos a comenzar por atender a la Ley 9/2023, de 22 de marzo, Ley Foral del Consejo Navarro de Medio Ambiente, órgano que se configura como el órgano superior colegiado de participación, consultivo y asesor de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra en materia de medio ambiente.

Por orden cronológico, procede citar: el Decreto 9/2023, de 22 de marzo, de la comunidad autónoma Región de Murcia, establece los órganos directivos de la Consejería de Medio Ambiente, Mar Menor, Universidades e Investigación y atribuye

a la Dirección General de Medio Natural la competencia ordinaria en materia de espacios naturales protegidos, sin perjuicio de las competencias propias de la Dirección General del Mar Menor (arts. 4 y 5); el Decreto 12/2023, de la Generalitat de Cataluña atribuye al Departamento de Interior la competencia para limitar el acceso a los espacios naturales protegidos (art. 117); el Decreto 80/2023, de 6 de junio, que regula la composición del Consejo Asesor de Medio Ambiente del País Vasco, el procedimiento de designación de sus miembros, su organización y su funcionamiento; el Decreto 96/2023, de 14 de junio, que modifica los órganos de participación de los espacios naturales protegidos declarados en Aragón (siendo objetivo fundamental incorporar a los Grupos de Acción Local en los respectivos Patronatos); Decreto del Presidente 12/2023, de 10 de julio, que establece las competencias y la estructura orgánica básica de las consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, atribuyéndose a la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Natural, a través de la Dirección General de Medio Natural y Gestión Forestal (modificado por Decreto 16/2023, de 20 de julio); el Decreto 56/2023, de 14 de julio, Establece la estructura orgánica de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Mundo Rural y Medio Ambiente, y sus funciones en desarrollo de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja, atribuyendo las funciones a la Dirección General de Medio Natural y Paisaje (art. 13); el Decreto 54/2023, de 20 de julio, que modifica parcialmente la Estructura Orgánica Básica de las Consejerías del Gobierno de Cantabria, de modo que las funciones sobre los espacios naturales protegidos pasan de la extinta Dirección General de Biodiversidad, Medio Ambiente y Cambio Climático a la recién denominada Dirección General de Montes y Biodiversidad (art. 6); el Decreto 112/2023, de 25 de julio, que establece la estructura orgánica y las competencias de la Consejería de Desarrollo Sostenible de Castilla-La Mancha, recayendo la materia de espacios naturales protegidos bajo el paraguas de la Dirección General de Medio Natural y Biodiversidad (art. 7.4); el Decreto 112/2023, de 25 de julio, que Establece la estructura orgánica básica de la Presidencia y de las consejerías de la Generalitat Valenciana, atribuyendo a la Dirección General de Medio Natural y Animal de la Consejería de Medio Ambiente, Agua, Infraestructuras y Territorio (art. 120, desarrollado en el Decreto 147/2023, de 5 de septiembre, del Consell, de aprobación del Reglamento orgánico y funcional de la Conselleria de Medio Ambiente, Agua, Infraestructuras y Territorio); el Decreto 235/2023, de 6 de septiembre, que establece la estructura orgánica de la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura e Interior de la Comunidad de Madrid, atribuyendo la competencia a la Dirección General de Biodiversidad y Gestión Forestal (art. 8); el Decreto de la CARM 242/2023, de 22 de septiembre, que establece los Órganos Directivos de la Consejería de Medio Ambiente, Universidades, Investigación y Mar Menor, que residencia en la Dirección General de Patrimonio Natural y Acción Climática las competencias en la materia,

sin perjuicio de su coordinación con la Dirección General de Mar Menor para la planificación, proyectos y actuaciones que se vayan a desarrollar en dicho espacio natural protegido (arts. 5 y 7); el Decreto 270/2023, de 31 de octubre, que establece la composición, funciones y el régimen de funcionamiento del Órgano de Gestión, del Órgano de Participación y del Consejo Científico de la Reserva de la Biosfera de la Mancha Húmeda; y, finalmente, el Decreto 255/2023, de 15 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Desarrollo Rural y Medio Ambiente de la Comunidad Foral de Navarra.

5. Subvenciones

La temática que ahora se aborda, adjetiva de quien ostenta la gestión en el espacio natural protegido correspondiente, se vio perfilado por la STC 194/2004, de 10 de noviembre, de modo que la competencia en materia de subvenciones resulta accesoria de la competencia sustantiva a la que va anudada. Por ello, en 2023 siguen dictándose un amplio conjunto de normas en la materia.

Siguiendo con el orden competencial, en el ámbito de la normativa estatal pueden significarse la Orden de 21 de julio de 2023 y la Resolución del Organismo Autónomo Parques Nacionales de 23 de febrero de 2023, por la que se convoca la concesión de subvenciones para la realización de proyectos de investigación científica en la Red de Parques Nacionales para el año 2023.

Deslizándonos al ámbito autonómico, debemos destacar la Orden de 13 de octubre de 2023 que convoca para el año 2023 las subvenciones de la línea 1 previstas en la Orden de 19 de septiembre de 2021, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, para la certificación de productos naturales o artesanales y de servicios de turismo de naturaleza, según las normas de la marca Parque Natural de Andalucía, y para la acreditación como entidades de certificación de productos o servicios para la evaluación de su conformidad. Su desarrollo, en régimen de concurrencia no competitiva, está dirigida a personas físicas o jurídicas que desarrollan su actividad en el ámbito territorial de los espacios naturales protegidos de Andalucía y tiene por objeto sufragar los costes directos de las auditorías realizadas por entidades acreditadas para la certificación de la conformidad de sus productos o servicios con las especificidades de las normas establecidas en la Orden de 15 de diciembre de 2004, para la obtención o mantenimiento de la licencia de uso de la Marca, concedida mediante resolución de la Consejería competente en materia de medio ambiente.

Tratándose de la figura de espacios naturales protegidos, procede mencionar igualmente la Resolución 273/2023, de 3 de marzo, convoca para el año 2023 las subvenciones para inversiones en conservación del medio natural e infraestructura

a las entidades locales integradas en Parques Naturales declarados en la comunidad autónoma de La Rioja. Igualmente, resulta relevante la Resolución de 12 de mayo de 2023, de determinación de la sequía como causa de fuerza mayor a efectos del cumplimiento de los compromisos de determinadas ayudas en Extremadura, en la que se relaja el cumplimiento de determinados umbrales por razón de la sequía especialmente derivadas de la ubicación de los pastos en parques naturales o espacios protegidos o de alteraciones climáticas severas, en las que la disponibilidad de pasto se encuentre comprometida. Igualmente, traemos a colación la Resolución de 18 de diciembre de 2023, que convoca las ayudas a entidades locales para la restauración de hábitats y especies en espacios naturales protegidos de la Comunidad Valenciana, y se establecen las bases reguladoras.

Llama la atención, sin que por su extensión podamos ofrecer un estudio exhaustivo, el amplio número de normas autonómicas que, bien con carácter general para todo el ámbito de la comunidad autónoma (Aragón, Extremadura, Andalucía —parques naturales—, Canarias —Parques Nacionales—), bien con carácter particular para determinadas figuras (reservas de la biosfera La Mancha Húmeda, Valle del Gabriel, Alto Turia —Castilla-La Mancha—, parque nacional de Ordesa y Monte Perdido —Aragón—, parque nacional marítimo-terrestre del Archipiélago de Cabrera —Islas Baleares—, parque nacional de Monfragüe —Extremadura—, parque nacional de la Sierra de Guadarrama —Comunidad de Madrid—,) aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en las reservas de la biosfera, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, convocando, al efecto, en régimen de concurrencia competitiva estas ayudas.

Aparte de las normas citadas, son innumerables las convocatorias de subvenciones que establecen una baremación en la que se incluye como puntuación la ubicación en un espacio natural protegido o la realización de actuaciones que redunden en beneficio de un espacio natural protegido, todas ellas dictadas en materia de políticas sectoriales concurrentes, en las cuales no podemos detenernos por exceder del propósito del presente análisis.

6. Uso público

Desde la perspectiva de la figura de los espacios naturales protegidos dotados de mayor protección, traemos a colación la Resolución de 10 de febrero de 2023 que regula el tránsito por viales, el tránsito en las inmediaciones y pie de vía de sectores de escalada y la escalada en los sectores y vías regulados, en el paraje de La Pedriza del parque nacional de la Sierra de Guadarrama, como medida de protección de especies rupícolas durante su época de cría y reproducción. Deben destacarse sendos planes de gestión de los ungulados silvestres tanto en el parque nacional de Cabañeros (Resolución Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 2023) como en el parque

nacional de Monfragüe (Resolución Extremadura de 11 de octubre de 2023). Finalmente, en el ámbito de los parques nacionales, procede anotar la Resolución de 27 de octubre de 2023 que modifica las Instrucciones de 21 de mayo de 2013, para la autorización de actividades extraordinarias en los Parques Nacionales de Garajonay, Caldera de Taburiente y Timanfaya.

Igualmente, cabe significar, la Resolución de fecha 24 de marzo de 2023, de la Delegación Territorial de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul en Almería, por la que se regula el acceso con vehículos a motor y la actividad recreativa de agrupaciones de kayaks, piraguas y artefactos flotantes sin motor similares, en determinadas playas del parque natural Cabo de Gata-Níjar (Almería). La Resolución de 27 de abril de 2023 actualiza el acceso regulado a la Cova Tallada, parque natural del Montgó (Comunidad Valenciana), mientras que la Resolución de 18 de abril de 2023 consigna restricciones de acceso y tránsito para visitantes en áreas sensibles para el oso pardo en el parque natural de Somiedo (Asturias). Mediante Resolución de 30 de junio de 2023 se regula el acceso y el estacionamiento de vehículos a motor en el parque natural de la Sierra de Irta (Comunidad Valenciana), así como mediante Orden de 18 de mayo de 2023 se aprueba el Plan parcial por el que se regulan las actividades de uso público en el Monumento Natural de las Chorreras del Cabriel, en los términos municipales de Enguñados y Villora, provincia de Cuenca, y, mediante Resolución de 27 de septiembre de 2023 se aprueba el Plan de gestión de la paja del arroz en el Parque natural de la Albufera para la campaña 2023.

Una de las regulaciones más recurrentes, la que tiene que ver con las actividades náuticas y pesca, encuentra acomodo en la Orden de 27 de junio de 2023, que establece las normas relativas al uso público y a actividades recreativas en los islotes de Os Guidoiros e isla de Rúa (Galicia). Del mismo modo, la Orden de 27 de septiembre de 2023 actualiza el censo de embarcaciones autorizadas a ejercer la pesca marítima profesional en la reserva marina del entorno de Cabo de Palos-Islas Hormigas, mientras que la Resolución de 19 de diciembre de 2023 aprueba la revisión anual, para el año 2024, del número máximo de inmersiones con escafandra autónoma en el área protegida de las Illes Medes (Cataluña).

Como corolario de este apartado, debe citarse el Acuerdo de Consejo de Gobierno de Cataluña de 18 de julio de 2023 por el que se crea el Programa temporal de apoyo para la restauración de espacios afectados por actividades extractivas, debiendo recordarse la natural coincidencia entre las zonas extractivas con los espacios naturales protegidos.

III. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN 2023

1. La discrecionalidad autonómica en la planificación ambiental

La Sentencia del Tribunal Supremo 1518/2023, de 21 de noviembre (recurso de casación 1334/2022) resuelve el recurso de casación formulado contra el Decreto 117/2022, de 27 de diciembre por el que se aprueba el Plan Rector de Uso y Gestión del parque nacional Marítimo-Terrestre de las Islas Atlánticas de Galicia, publicado en el Diario Oficial de Galicia.

El Alto Tribunal determina que el art. 20 de la Ley 30/2014, de 3 diciembre, de Parques Nacionales, en su apartado 6 contempla como contenido optativo de un plan rector de uso y gestión de un parque nacional las medidas de compatibilidad entre las actividades económicas tradicionales a desarrollar en el interior del espacio protegido objeto de planificación y las medidas de conservación de las especies y ecosistemas concernidos, pudiendo tal determinación realizarse en otros instrumentos normativos siempre que tengan una finalidad protectora de esas especies y ecosistemas, como singularmente acontece en nuestro caso con el Plan Director de la Red Natura 2000 de Galicia y sus instrumentos de desarrollo. La Administración, en el ejercicio de sus potestades discrecionales, puede incluir en el PRUG aquellas medidas por las que aboga la parte actora para la mejor protección de aquellas especies de aves que pudieran estar en peligro de extinción, pero no está obligada a hacerlo por nuestro ordenamiento jurídico máxime cuando dispone de otros instrumentos con los que puede cumplir con esa finalidad protectora aunque respetando siempre el marco regulatorio establecido en el PRUG.

Sobre la misma materia se pronuncia la Sentencia 854/2023, de 19 de diciembre de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (PO 469/2020) que llega, en esencia, a similar pronunciamiento en cuanto al fondo, al señalar que de existir insuficiencias regulatorias como las que se denuncian en la demanda éstas le serían imputables al Plan Director de la Red de Parques Nacionales (Real Decreto 389/2016, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Plan Director de la Red de Parques Nacionales) o al Plan de Ordenación de Recursos Naturales del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la ordenación de los recursos naturales de la Sierra de Guadarrama en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, antes que al plan rector de uso y gestión del parque nacional.

2. Las actividades mineras en espacios naturales protegidos y la extralimitación del título habilitante

Las sentencias del Tribunal Supremo 297/2023, de 26 de abril (recurso de casación 4437/2021) y 411/2023, de 11 de mayo (recurso de casación 5003/2020) resuelven sendos recursos de casación contra sendas minas gestionadas por la mercantil Coto Minero del Cantábrico, S.A.

En el primer caso, existía licencia urbanística concedida por el Ayuntamiento de Cabrillanes (León), pero que los trabajos de explotación se deberían circunscribir a labores a realizar en el perímetro de suelo rústico común, quedando denegada la licencia para la ejecución de cualquier tipo de obra en suelo rústico de protección natural pastizal y matorral y en suelo rústico con protección de espacios naturales de interés especial, y, sin embargo, la promotora ocupó las parcelas nº 4 y nº 5 sin contar con la preceptiva licencia, actuaciones que se ejecutaron a sabiendas de su ilegalidad. Asimismo, la promotora invadió terrenos pertenecientes al municipio de Villablino (León), cuando la concesión minera se ceñía exclusivamente al municipio de Cabrillanes, extralimitación que ocupó un terreno de 18,8 hectáreas del Monte 280, terreno protegido por la Red Natura 2000, terrenos cuya invasión no contaba con ningún tipo de autorización administrativa ni por parte de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León, ni de licencia municipal de apertura ni urbanística por parte del Ayuntamiento de Villablino, no pudiendo subsumirse el comportamiento del titular de la mina en el tipo de imprudencia pues «ni los importantes daños causados al medio ambiente, ni el grave riesgo o peligro derivado para la conservación de los hábitats naturales de interés existentes en la zona, se habrían producido o, al menos, se habrían mitigado», mientras que sí posibilita la aplicación de la agravante ex art. 326 CP por cuanto *«no solo hay que ponderar los enormes daños ocasionados al medio ambiente, cuya reparación se calcula superior a los veinticuatro millones de euros, que ya evidencian una notable gravedad del delito, aumentada por la apreciación de una específica circunstancia de agravación, pero que no debe hacer olvidar, porque, además, no es incompatible con ello, esa realidad fáctica de la invasión en terreno no autorizado, como un exceso más, que ha contribuido a incrementar tal gravedad, pues, como decíamos en el fundamento tercero, se trata de una extralimitación que no deja de revestir una gravedad que no debe ser ignorada; a lo que hay que añadir las propias circunstancias personales del condenado, mostradas a través de un incívico comportamiento, que no ha dudado en anteponer intereses propios y egoístas en detrimento de parajes protegidos, que evidencian una muy escasa sensibilidad ecológica, de manera que todo ello valorado en conjunto hacen razonable mantener la pena impuesta en la sentencia recurrida»*.

Sin embargo, en la segunda de las sentencias citadas excluye la aplicación de la agravante de la clandestinidad, ya que al contar con autorizaciones administrativas (ciertamente irregulares, como se describe en los Antecedentes de hecho), trayendo a colación la jurisprudencia de la propia Sala Segunda, el Tribunal Supremo conclu-

ye que «la clandestinidad significa a estos efectos situarse en condiciones de sustraerse al control administrativo. La ausencia de una aprobación administrativa se traduce en opacidad o blindaje frente al adecuado control sobre la empresa. Desde esa significación no estamos aquí ante actividades clandestinas: las empresas contaban con autorizaciones administrativas para una actividad industrial con la que era naturalmente compatible el tratamiento —bien que ilegal— de los residuos electrónicos en cuyo manejo se produjeron las actividades contaminantes. (...) El acuerdo municipal adoptado permitiría sostener que, en el caso de que fuese factible hablar materialmente de clandestinidad por su incorrección jurídica, sería inviable argumentar que existía conocimiento de esa clandestinidad, entendida en sentido normativo, por parte del acusado. El tipo subjetivo es descartable».

3. Sobre el régimen de actividades de uso público en los parques nacionales

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 134/2023, de 2 de febrero (rca 435/2020) desestima el recurso formulado contra el Decreto 18/2020, de 11 de febrero, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se aprueba el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Nacional de la Sierra de Guadarrama en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid.

Frente a la solicitud de tránsito incondicionado de la bicicleta de montaña por todo el espacio, la Sala, con razonable criterio, señala que «el disfrute del medio ambiente es de configuración legal, por lo que su concreto ejercicio puede estar sometido a límites que lo delimitan en aras a preservar el bien jurídico colectivo. Y si bien el art. 149.1.23 CE habilita al Estado para dictar la legislación básica de protección del medio ambiente, las Comunidades Autónomas pueden establecer medidas adicionales de protección, tal como dispone el art. 27.7 del Estatuto de Autonomía de Madrid incluyendo la posibilidad de adoptar medidas de protección medioambiental de carácter preventivo. El uso y disfrute de del medio ambiente y especialmente la práctica de una actividad de ciclismo de montaña en el interior de los espacios naturales protegidos puede estar sometida a límites que tratan de evitar daños a la flora y perturbar la fauna que se trata de proteger, por lo que la práctica de este deporte en espacios naturales protegidos debe ser regulada. No existe un derecho incondicionado al tránsito y uso por los parques naturales o a la práctica indiscriminada de cualquier deporte o actividad en el recinto de estos espacios naturales protegidos, pues el uso público se sujeta a límites por razones de protección del medio ambiente. Por ello, no se considera contrario a dichos preceptos constitucionales previsiones como las contempladas en el Plan Rector que permiten un régimen de visita y acceso al interior del parque por los itinerarios permitidos excluyendo determinadas zonas. Y específicamente respecto a la práctica deportiva del ciclismo de montaña en el interior del Parque, se considera una actividad permitida, aunque restringida a los caminos reseñados en el Anexo IV “Cartografía de viales aptos para el tránsito en bicicleta” y por las carreteras asfaltadas abiertas al tráfico de vehículos, estableciendo así mismo restricciones en cuanto a la práctica de este deporte en grupos organizados, dependiendo de las zonas por las que se transite. En definitiva, el disfrute del parque nacional y a práctica del ciclismo de montaña en el interior del

parque nacional no está prohibida, sino permitida; aunque limitada a unas determinadas zonas por razones de preservación y conservación del medio ambiente, lo cual, con carácter general, no puede considerarse contrario a los preceptos constitucionales invocados, sin perjuicio de que analicemos más adelante si dichas restricciones están justificadas en aras a preservar la flora y fauna del parque». Y, en ese análisis casuístico sobre la afección a la flora y fauna del parque, concluye que la práctica indiscriminada del ciclismo de montaña por toda la superficie del parque nacional «podría causar daños irreversibles al paisaje, flora y fauna, lo que obliga a tomar medidas restrictivas razonables, aun antes de que exista una evidencia científica sobre los daños y consecuencias que este tipo de actividades tiene sobre el medio ambiente». Y se consideran razonables medidas limitar los tramos en los que se puede practicar esta actividad dentro de la superficie de un parque nacional especialmente protegido y ello tomando en consideración que las superficies más estrechas o con mayor inclinación implican un mayor riesgo en la causación de daños medio ambientales de la zona.

4. El error de prohibición y las obras autorizables en espacios naturales protegidos

Para tratar estas dos cuestiones traemos a colación tanto la Sentencia del Tribunal Supremo 691/2023, de 27 de septiembre (rec. Casación 5629/2021) como la Sentencia 158/2023, de 29 de junio de la Audiencia Provincial de Cádiz (75/2023).

Por un lado, el término «no autorizable» determina que la obra, ya iniciada o realizada, no pueda ser reconocida posteriormente como ajustada a la legalidad, tal y como aquí acontece. Pretender que el contenido semántico de la expresión «no autorizable», permite sostener la atipicidad de los hechos cuando exista una posibilidad de autorización potencial y remota de la edificación, no es posible ser acogido. El tipo penal no contempla una remisión a cualquier hipotético tiempo futuro y a la posibilidad de que pueda llegar a modificarse la legalidad urbanística, o a que concurra un momento en el que ya no sea posible actuar por haberse cerrado la vía contencioso-administrativa por falta de ejercicio de la acción o por defectos formales en su planteamiento. Tal consideración vaciaría de contenido el precepto sancionador por la siempre posible eventualidad de que llegue a alterarse la legalidad urbanística. El término «no autorizable» hace referencia al momento de la edificación y contempla la naturaleza de la ilegalidad material que rodea a la construcción, esto es, si se ajusta o no a la ordenación entonces vigente. Para la existencia del delito no basta que la edificación se levante sin licencia, sino que es necesario que sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento, supuesto en el que quedaría excluida toda autorización.

Por otro lado, en cuanto al error de prohibición, tanto la petición de una previa licencia de obras en terreno ubicado como espacio natural protegido, como el hecho de estar viviendo el procesado durante mucho tiempo en la zona determina que no

resulta creíble que no conozca la existencia de protección ambiental. Para ello, cita la sentencia del Alto Tribunal de 17 de octubre de 2006 que señala que *«la construcción de un error de prohibición en un mundo tan intercomunicado y permeable a la información como el que vivimos ofrece más dificultades que en otras épocas. No deja de ser una concepción teóricamente impecable pero de complicado ajuste a la realidad. Hoy en día el desconocimiento absoluto de la antijuricidad de un hecho de esta naturaleza es de difícil acreditación en el caso concreto. Existe práctica unanimidad en considerar que no se puede construir el error de prohibición sobre la base de que el sujeto no conoce, de forma pormenorizada y con detalles técnicos, la normativa que está infringiendo. Un profano que, además, ha estado viviendo durante años sabiendo que se encontraba en los lindes de una zona de dominio público especialmente sensible, tiene la percepción natural y exigible a cualquier persona de que su actuación es contraria a la norma»*, de modo que se intensifica el grado de desconocimiento en nuestros días para poder aplicar este elemento eximente de la culpabilidad.

¿Conceden subvenciones las universidades públicas andaluzas? La naturaleza jurídica de las ayudas universitarias

Do Andalusian public universities award subsidies? On the legal nature of the university aids

M.^a Concepción Castiñeira Madrid

Universidad de Córdoba

<https://orcid.org/00009-0003-7155-0683>

RESUMEN: Con el fin de promover las actividades y proyectos vinculados al ejercicio de sus funciones, las universidades públicas andaluzas ofertan, a través de numerosas convocatorias públicas, becas, ayudas, premios e incentivos, siendo considerados por la propia institución que las oferta como «subvenciones» en la mayoría de los casos. Un análisis detenido de dichas convocatorias revela que en muchas de ellas falta alguno de los requisitos exigidos en el artículo 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. En este trabajo se revisan las bases reguladoras y las convocatorias de ayudas, de diversa temática y finalidad, publicadas por las universidades públicas andaluzas, examinándolas a la luz del concepto de subvención de esta Ley, con el fin de determinar si les resulta aplicable el régimen jurídico establecido por ella y por su Reglamento de desarrollo.

ABSTRACT: In order to promote activities and projects related to their functions, Andalusian public universities offer, through numerous public calls, scholarships, grants, awards, and incentives, which the granting institutions often classify as "subsidies". However, a detailed analysis of these calls reveals that many of them lack one or more of the requirements included in Article 2 of the Spanish General Law of Subsidies 38/2003, of November 17. In this paper we will review the regulations and calls for grants adopted by Andalusian public universities for different purposes, considering the concept of subsidy as defined by the aforementioned law, to determine whether the legal regime established by it and its bylaw applies to them.

PALABRAS CLAVE: subvenciones, universidades públicas, disposición dineraria, desplazamiento patrimonial, contraprestación.

Recibido: 05-05-2025

Aceptado: 22-05-2025

KEY WORDS: subsidies, public universities, monetary provision, patrimonial transfer, recompense.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA HETEROGENEIDAD DE LAS AYUDAS CONCEDIDAS POR LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS. II. TODA SUBVENCIÓN DEBE CONSISTIR EN UNA DISPOSICIÓN DINERARIA. **1. Ayudas en las que no se producen entregas dinerarias. 2. Ayudas que no se realizan a fondo perdido.** III. LA SUBVENCIÓN DEBE CONCEDERLA UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IV. LA SUBVENCIÓN DEBE CONCEDERSE A FAVOR DE PERSONAS PÚBLICAS O PRIVADAS. **1. Ayudas en las que no se produce un desplazamiento patrimonial. 2. El caso particular de los premios.** V. LA ENTREGA DINERARIA DEBE REALIZARSE SIN CONTRAPRESTACIÓN DIRECTA DE LOS BENEFICIARIOS. VI. LA ENTREGA DINERARIA DEBE ESTAR SUJETA A LA REALIZACIÓN DE UNA ACTIVIDAD O LA CONCURRENCIA DE UNA SITUACIÓN. **1. La distinción entre subvención en sentido estricto y prima. 2. La definición del objetivo y la distinción entre subvenciones de actividad y subvenciones de resultado. 3. Las consecuencias del incumplimiento de la actividad a la que se encuentran afectos los fondos.** VII. LA ENTREGA DINERARIA DEBE SATISFACER UN INTERÉS GENERAL. VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN: LA HETEROGENEIDAD DE LAS AYUDAS CONCEDIDAS POR LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Las instituciones públicas que conforman el sistema universitario español prestan y garantizan el servicio público de la educación superior universitaria mediante la docencia, la investigación y la transferencia del conocimiento, realizando las funciones que les resultan propias de acuerdo con el artículo 2 de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (en adelante, LOSU). Para apoyar el servicio público al que están dirigidas, las universidades públicas realizan necesariamente actividades de índole muy diversa, como la contratación de personal, la compra de bienes y servicios o la gestión de su presupuesto, desplegando, además, lo que parece ser una intensísima actividad subvencional¹.

¹ El recurso a este tipo de actividad estaría en línea con lo que señala la exposición de motivos de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS): «Una parte importante de la actividad financiera del sector público se canaliza a través de subvenciones, con el objeto de dar respuesta, con medidas de apoyo financiero, a demandas sociales y económicas de personas y entidades públicas o privadas».

En efecto, con el fin de promover la realización de actividades y proyectos vinculados a la educación superior, las universidades públicas españolas ofertan becas, ayudas, premios e incentivos a través de numerosas convocatorias públicas. Estas actuaciones favorables para particulares, entidades, e incluso unidades o personal de las propias universidades, se encuadran en lo que doctrinalmente se entiende como técnicas propias de la actividad administrativa de fomento, dentro de las cuales destaca de manera principal la subvención².

Resulta lógico pensar que todas estas becas, ayudas, premios e incentivos se ajustan al concepto de subvención contenido en el artículo 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, LGS), tal y como las universidades suelen hacer. Sin embargo, un análisis más detenido revela que en muchas de estas medidas falta alguno de los requisitos exigidos en dicho artículo, surgiendo entonces razonables dudas sobre si todo lo que se presenta como subvenciones en las convocatorias publicadas por las universidades públicas lo son realmente.

Por ejemplo, ¿son subvenciones las ayudas para asistencia a congresos, que con frecuencia conceden las universidades a su personal docente e investigador, o se trata de la financiación normal de su actividad laboral? ¿Y las ayudas de acción social de las que resultan beneficiarios los empleados públicos universitarios? ¿Qué carácter tienen los variadísimos premios que conceden las universidades? ¿Pueden conceder subvenciones los órganos y unidades en que se organizan las universidades, como facultades, departamentos y cátedras, aun sin tener personalidad jurídica? ¿Y los entes instrumentales de derecho privado de las universidades, como sus sociedades mercantiles o sus fundaciones universitarias? ¿Constituyen subvenciones los incentivos que se conceden, por parte de las propias universidades, a sus grupos de investigación, departamentos o grupos docentes, todos ellos con carácter de órgano o incluso de unidad administrativa? ¿Y las que se conceden a agrupaciones de estudiantes y

² Sobre el uso de la subvención como técnica de fomento, LACRUZ MANTECÓN, J. (2005: 43), afirma: «el concepto de subvención se ha intentado engarzar dentro de la denominada potestad de fomento, lo que supone una indicación de ser este instituto un instrumento jurídico al servicio de la acción administrativa que se desarrolla sobre las concretas materias o esferas de la realidad. Supone entonces la subvención una técnica de actuación, y no una materia concreta, un instrumento al servicio de la Administración para alcanzar sus fines, no un fin en sí mismo». La STSJ de Madrid 54/2024, de 25 de enero de 2024 (ponente: GARCÍA RUIZ), relativa a la denegación de ayudas del programa de consolidación del trabajo autónomo por la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad de Madrid, sitúa también a la subvención en el campo de la actividad administrativa de fomento como una «técnica administrativa de intervención en la esfera de los particulares, tendente a lograr el estímulo de determinados comportamientos o actividades de aquéllos (o de otras Administraciones Públicas), considerados de interés general, y que integra dentro de sí, como elementos esenciales, el de tipo material, patrimonial (la subvención es una atribución de carácter económico), los de carácter personal (que definen la personalidad jurídica del otorgante de la subvención y del beneficiario) y el elemento finalista (relativo a la afectación de la subvención al fin para el que se concede)».

otras entidades de base asociativa sin personalidad jurídica? Y, por no extender más esta lista de preguntas, ¿en qué ámbito y con qué finalidad pueden (o, más bien, deben) conceder subvenciones las universidades?

Este artículo trata de responder a algunas de las preguntas que surgen de la revisión de las bases reguladoras y las convocatorias de ayudas, de diversa temática y finalidad, publicadas por las universidades andaluzas en sus respectivos boletines oficiales y páginas web, examinándolas a la luz del concepto de subvención que nos ofrece la LGS, tal y como ha sido interpretado por la doctrina y la jurisprudencia³. Con ello se pretende determinar si debe aplicarse a tales ayudas el régimen jurídico establecido por dicha Ley y sus disposiciones de desarrollo. Y ello porque la aplicación de este régimen jurídico determinará, en la práctica, que los órganos encargados de la tramitación de las convocatorias de subvenciones en las universidades públicas estén obligados a aplicar la normativa sobre establecimiento y creación de subvenciones, procedimiento de concesión, gestión y justificación o procedimiento de reintegro y sancionador, entre otras muchas.

En definitiva, nuestro objetivo es determinar si, con independencia de la denominación que reciban estas ayudas⁴, se encuentran dentro del ámbito objetivo de la LGS.

II. TODA SUBVENCIÓN DEBE CONSISTIR EN UNA DISPOSICIÓN DINERARIA

El primer elemento definitorio de la subvención que aparece en el artículo 2.1 LGS es que esta consiste en una «disposición dineraria» realizada por una Admi-

³ Para realizar este trabajo se han analizado 75 textos de convocatorias y bases reguladoras de las nueve universidades públicas andaluzas, si bien prestando especial atención a las publicadas por la universidad a la que pertenece la autora. La revisión de convocatorias abarca el periodo 2021-2025 y se ha llevado a cabo utilizando la información existente en las páginas web institucionales de las universidades andaluzas, en la Base de Datos Nacional de Subvenciones (<https://www.infosubvenciones.es/bdnstrans/GE/es/convocatorias>), y en los diarios oficiales de la Universidad de Almería (BOUAL), la Universidad de Cádiz (BOUCA), la Universidad de Córdoba (BOUCO), la Universidad de Granada (BOUGR), la Universidad de Huelva (BOUH), la Universidad de Jaén (BOUJA), la Universidad de Málaga (BOUMA), la Universidad Pablo de Olavide (BUPO), la Universidad de Sevilla (BOUS) y la Universidad Internacional de Andalucía (BOUNIA).

⁴ O, atendiendo al tenor literal del artículo 2.1 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, RGS), «cualquiera que sea la denominación dada al acto o negocio jurídico del que se deriva dicha disposición». El régimen jurídico que establecen la LGS y el RGS no será, pues, aplicable a algunas ayudas económicas que, aun siendo calificadas como subvenciones, no cumplen con los requisitos necesarios para serlo. Pero, como afirma FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2006:32), y sucede con cierta frecuencia en el ámbito universitario, «[c]uestión distinta es que el otorgamiento de esas otras ayudas [por parte de las Universidades públicas] se pueda ajustar a similares reglas o (...) a los principios generales que informan el régimen jurídico de las subvenciones».

nistración pública a favor de personas públicas o privadas. Disponer de algo supone, siguiendo la definición de la RAE, tenerlo o utilizarlo como propio, colocarlo o determinar su situación conveniente. Así, cuando la Administración establece y concede subvenciones, realiza, en definitiva, una disposición dineraria, al utilizar parte de su presupuesto y determinar a qué fines, actividades o proyectos deben aplicarse los fondos utilizados.

La entrega de una suma de dinero es, por tanto, consustancial al actual concepto legal de subvención, e históricamente ha sido considerado por la doctrina como el «rasgo identificativo más evidente de la subvención»⁵. Como afirma de manera taxativa FERNÁNDEZ FARRERES, «si no hay entrega de una suma de dinero, no hay subvención»⁶ y, en consecuencia, la LGS no sería de aplicación. La única excepción, en principio, vendría determinada por las ayudas en especie a las que se refiere el párrafo 2 de la disposición adicional 5ª LGS, con respecto a entregas de bienes, derechos y servicios cuya adquisición se realice con la finalidad exclusiva de entregarlos a un tercero. En estos casos, no es que las ayudas en especie se consideren subvención, sino que, de manera excepcional, se les aplicará la LGS y no la legislación patrimonial, que es la que, con carácter general, se les debe aplicar⁷.

Es importante destacar la indiscutible claridad de la LGS en este punto, exigiendo que haya una entrega dineraria, porque no siempre las supuestas subvenciones que otorgan las universidades a particulares o entidades derivan en el desembolso de una suma de dinero, de una cantidad monetaria cierta que sale del patrimonio de aquellas para ingresar en un patrimonio distinto. En algunas ocasiones las universidades conceden otro tipo de ventajas muy similares, como bonificaciones o exenciones de precios públicos, o entregan bienes o servicios, sea en forma de bonos o por

⁵ BUENO ARMIJO, A. (2011:50). En este sentido, VILLAR PALASÍ, J. L., en su histórico y fundamental trabajo «Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político» (1954: 63-64), consideró que «la primera nota definitoria de la subvención consiste en determinar que la subvención versa sobre una suma de dinero público», dado que con ello podría diferenciarse de «otras técnicas de fomento y de precios políticos, exenciones, preferencias de suministros, prestaciones *in natura* de la Administración a los particulares».

⁶ FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2005: 30).

⁷ En virtud de la disposición adicional 5ª LGS y su desarrollo en el artículo 3 RGS, puede calificarse de subvención, por ejemplo, la compra de equipos informáticos con la finalidad de entregarlos a un grupo de estudiantes, como sucede en el caso de las Ayudas para favorecer la incorporación y promoción académica del alumnado del Barrio de las Palmeras en la Universidad de Córdoba (convocatoria publicada en BOUCO núm. 2022/00797 de 27/07/2022), donde además de la ayuda principal consistente en una dotación económica mensual, se prevé la entrega de un ordenador al estudiantado beneficiario «para facilitar el seguimiento digital de sus enseñanzas».

provisión directa⁸, caso este último que nos conduce de nuevo a las ayudas en especie. De todo ello nos ocuparemos a continuación.

Por tanto, para considerar si se produce la «disposición dineraria» a la que se refiere la LGS debemos fijarnos en algunos aspectos anejos a este concepto: que se trate de una entrega material de dinero y no de la concesión de algún otro tipo de ventaja⁹; que los fondos en cuestión salgan del patrimonio de la universidad y su destino sea integrarse en un patrimonio distinto, que normalmente, aunque no siempre, será el del beneficiario, es decir, el de la persona pública o privada que haya de ejecutar la actividad o se encuentre en la situación que motivó su concesión (art. 11.1 LGS)¹⁰; y que la entrega se realice a fondo perdido, esto es, sin que el beneficiario esté obligado a reintegrar lo percibido, salvo que surgiera causa legal de reintegro o devolución¹¹.

En esta línea, entre las convocatorias de ayudas de las universidades públicas andaluzas no es infrecuente que falte alguno de estos tres rasgos característicos de la disposición dineraria en la que debe consistir la subvención.

⁸ En el primer supuesto se situarían las ayudas de bonos de comedor para el curso 2023-2024 de la Universidad de Sevilla (BOUS núm. 15/2023, de 18 de octubre), consistentes en un bono que permite el almuerzo en los días y períodos lectivos en los comedores universitarios, en tanto que del segundo es un ejemplo perfecto la Convocatoria de «becas para la asistencia a las actividades académicas que componen la programación de los cursos de verano 2022 de la Universidad Internacional de Andalucía» (BOUNIA núm. 7/2022), en la que el objeto de las ayudas es la exención del pago del importe de la matrícula del curso, del precio público del servicio de residencia y del servicio de manutención en las instalaciones universitarias durante la actividad académica para la que se concedan.

⁹ La doctrina establece una distinción entre ayudas que comportan una entrega de dinero y las que implican otro tipo de ventaja económica, como apunta COLLADO BENEYTO, P. J. (2009: 154-155), «subvenciones que consisten en la financiación mediante entrega de suma de dinero (“subvenciones directas”) como las que consisten en financiación no pecuniaria (las denominadas en alguna ocasión por la doctrina como subvenciones indirectas)». El mismo autor manifiesta inequívocamente (2009: 157-158) que la entrega ha de ser «de una determinada cantidad de dinero cuantificada en el momento de su concesión», rechazando que puedan considerarse subvenciones las prestaciones gratuitas de la Administración a favor de terceros, como los servicios gratuitos a determinados colectivos desfavorecidos (prestaciones de hacer), las exenciones o bonificaciones fiscales (prestaciones de no hacer o soportar), las donaciones o cesiones de bienes inmuebles o bienes muebles que no sean dinero, como las medallas o condecoraciones (prestaciones de dar o ceder gratuitamente cosas no fungibles o fungibles).

¹⁰ Aunque puede resultar confuso, el montante dinerario en que consiste la subvención no tiene por qué entregarse a la persona solicitante de la ayuda, sino que la universidad concedente puede realizar el desembolso de la suma de dinero a un tercero, bien porque sea el auténtico beneficiario de la subvención, bien porque la ayuda tenga por fin realizar pagos por cuenta de la persona beneficiaria. Sucede, por ejemplo, en el caso de pago directo de facturas de gastos aún sin pagar del personal con vinculación contractual con la Universidad de Córdoba beneficiario de las Ayudas para la Creación y Consolidación de EBT de la Modalidad III del VIII Plan Propio Galileo (BOUCO núm. 2022/00099 de 27/01/2022).

¹¹ BUENO ARMÍJO, A., en REBOLLO PUIG, M., VERA JURADO, D. J. (2019: 102), pone el énfasis en los tres aspectos mencionados, ofreciendo una didáctica descripción de la subvención como «medida de fomento de contenido económico, que implica un desplazamiento patrimonial procedente de la Administración concedente y destinado al beneficiario, y que debe realizarse en dinero».

1. Ayudas en las que no se producen entregas dinerarias

Con relación al primer aspecto, no son escasos los ejemplos en los que no se produce entrega material de dinero y que, por tanto, no podrían calificarse de subvención a efectos de la LGS.

Así, en el marco del sistema de becas asistenciales propias de la Universidad de Sevilla (US), las ayudas de comedor que cada curso académico oferta la institución hispalense consisten en un bono que permite el almuerzo de los beneficiarios en los comedores universitarios en los días y períodos lectivos. La ausencia de una entrega material de dinero o ingreso en el patrimonio de los estudiantes perceptores de estas ayudas no permite considerarlas como verdaderas subvenciones y, efectivamente, el texto de la convocatoria no se refiere a ellas con este término, si bien aparecen publicadas en la Base de Datos Nacional de Subvenciones (BDNS) como «subvención y entrega dineraria sin contraprestación»¹².

Las ayudas al alojamiento de estudiantes universitarios son también ejemplos habituales donde la carencia de entrega de una suma de dinero conduce a caracterizarlas como una prestación de servicios gratuitos o ayudas en especie, lo que cae fuera de la definición del artículo 2.1 LGS. Con el objetivo de prestar a determinados estudiantes el servicio de alojamiento gratuito en la residencia propiedad de la misma institución, dos convocatorias de la Universidad de Córdoba (UCO) establecen ayudas de naturaleza jurídica diferente. Por un lado, la convocatoria de ayudas a estudiantes extranjeros del denominado Programa UCO-Iberoamérica Grado exonera a los beneficiarios del pago de los precios públicos por prestación de servicios académicos y de alojamiento, por lo que no se produce la entrega dineraria característica del concepto legal de subvención¹³. Por otro lado, las ayudas al alojamiento en la residencia universitaria Lucano consisten en la devolución por la universidad del

¹² La convocatoria de 10 de octubre de 2023 de Ayudas de Bonos de Comedor para el curso 2023-2024, mencionada anteriormente, incluye la previsión de que sea inscrita y publicada, a efectos de publicidad, en la Base de Datos Nacional de Subvenciones «de conformidad con lo previsto en el artículo 20.8.a) de la Ley 38/ 2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones», artículo que obliga a las Administraciones públicas a publicar «las convocatorias de subvenciones y ayudas públicas» (apartado a) y, así, la US publicita la convocatoria de bonos de comedor del curso 2023-2024 con código 723121 y la correspondiente a 2024-2025 con código 792484.

¹³ Las Ayudas complementarias al Programa UCO-Iberoamérica Grado (Bases Reguladoras publicadas en BOUCO núm. 2022/00637, de 31 de mayo) consisten en una cantidad no superior a 1.600 euros anuales por persona destinados a abonar los gastos de alojamiento de los estudiantes extranjeros que resulten beneficiarios por este programa. No existen disposiciones sobre forma de pago y, si bien las previsiones sobre reintegro de la cantidad equivalente a las ayudas incrementadas en el interés de demora podrían hacer suponer que existe una verdadera entrega dineraria, en la práctica se exonera a los beneficiarios del pago de la cuota, correspondiéndoles solo el pago de los suministros y de una fianza. Es decir, el dinero nunca sale del patrimonio de la universidad.

precio público previamente abonado por el estudiante como contraprestación por el servicio, por lo que sí se produce una entrega dineraria¹⁴.

Existen asimismo convocatorias de ayudas «mixtas», donde la Universidad pública entrega a los beneficiarios una cuantía dineraria determinada junto con otro tipo de prestaciones. Así es el caso del programa cultural y pedagógico de residencias de creación Los Tientos de la Universidad de Granada («UGR»), que otorga a las personas beneficiarias una ayuda directa a la producción cultural (esto es, un montante abonado mediante transferencia bancaria para la realización de un proyecto), complementada con una estancia en una residencia, en la que alojamiento y manutención se financian por instituciones colaboradoras, y se facilitan espacios de trabajo, recursos para la creación, conferencias, talleres y asesorías personalizadas y grupales¹⁵. Como sucediera en los casos anteriores de entrega de bonos de comedor y de exoneración del precio del alojamiento en residencias universitarias, la estancia gratuita, junto con los servicios complementarios de esta tercera convocatoria, no suponen una entrega material de dinero, esto es, no existe la «disposición dineraria» a la que se refiere el artículo 2.1 de la LGS.

2. Ayudas que no se realizan a fondo perdido

En tercer lugar, la entrega de fondos de la Administración pública al beneficiario debe realizarse a fondo perdido, esto es, con la intención de que sea de manera definitiva¹⁶. Se consideran, así, excluidas del concepto legal de subvención las entregas dinerarias en las que la persona receptora quede obligada a su devolución.

Este es el caso de los préstamos dinerarios concedidos al personal universitario, regulados en los respectivos planes y reglamentos de acción social universitarios como auténticos préstamos que deben ser devueltos (lo que puede producirse me-

¹⁴ La Convocatoria de Ayudas de Alojamiento en la Residencia Universitaria Lucano. Curso 2021/2022 (publicada en BOUCO núm. 2022/00590, de 19 de mayo) también prevé una dotación presupuestaria para cubrir los gastos correspondientes a los precios por servicios de alojamiento en la residencia, con la obligación de destinar la ayuda a la finalidad para la que se concede. La convocatoria se publica cercana al final del año académico y, de facto, la ayuda consiste en el reintegro al residente del precio público abonado en dicho curso por el estudiante por el servicio de alojamiento. En este caso, a diferencia, del anterior, el dinero pasa dos veces de un patrimonio a otro.

¹⁵ Resolución de la Rectora de la Universidad de Granada de 22 de marzo de 2023, por la que se publica el extracto de la convocatoria del Programa de Residencias de Creación Los Tientos 2023 (publicada en Boletín Oficial de la Universidad de Granada núm. 193 de 22 de marzo de 2023) y publicada en la BDNS con código 746655.

¹⁶ Sobre el carácter no devolutivo de la subvención, BUENO ARMILLO, A. (2013: 63), afirma: «Se trata, además, de una entrega dineraria realizada a fondo perdido, rasgo que también resulta pacífico en la doctrina y que, sin embargo, la LGS ha omitido».

dian­te la deducción del importe prestado en las nómi­nas siguientes)¹⁷. Por ello no resulta controvertido que estas ayudas que se deben reintegrar por el personal uni­versitario no puedan calificarse de subvenciones debido a su carácter devolutivo, lo cual precisamente ha permitido diferenciar históricamente la figura de la subvención de los anticipos y préstamos¹⁸.

Del mismo modo, tampoco puede someterse a la LGS el préstamo gratuito de bienes muebles como libros, equipos informáticos y otros dispositivos electrónicos al alumnado de la universidad, para el desarrollo de sus actividades académicas de estudio o investigación¹⁹. La obligación del usuario de devolver a la institución uni­versitaria los efectos prestados, en buen estado y en el plazo establecido para ello, no deja lugar a dudas de que se trata de una cesión temporal que nada tiene que ver con una entrega de bienes a fondo perdido, sino de un negocio jurídico más bien cercano al comodato (art. 1.740 Código Civil).

III. LA SUBVENCIÓN DEBE CONCEDERLA UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como segunda premisa, el artículo 2.1 de la LGS establece que la disposición dineraria en que, según hemos visto antes, consiste la subvención, se realice «por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley». En tal artículo no aparece mención expresa a las universidades, como tampoco en el resto de la Ley o en su Reglamento de desarrollo. Su redacción siguió con fidelidad la del artículo 2

¹⁷ Entre otros, el Reglamento del Plan de Acción Social de la Universidad de Huelva (UHU), aprobado en Consejo de Gobierno de 25 de noviembre de 2024, establece diversos préstamos reintegrables sin interés para su personal, como una ayuda económica de 8.000 euros para adquisición de la primera vivienda destinada al domicilio habitual, anticipos para el personal con una antigüedad mínima de 10 años o una ayuda económica hasta 3.702 euros destinada a atender solicitudes de extrema necesidad padecidas por el personal de la UHU. Lo anterior no obsta a que alguna de estas situaciones pueda beneficiarse de auténticas entregas dinerarias no devolutivas. Por ejemplo, el Reglamento de Acción Social de la Universidad de Córdoba (BOUCO núm. 2018/00520, de 24/07/2018) contempla ambas posibilidades, configurando las ayudas para adquisición de primera vivienda como una «cuantía determinada y compensatoria» —esto es, a fondo perdido— destinada a sufragar parcialmente los gastos ocasionados por un préstamo hipotecario solicitado para la adquisición de la primera vivienda, en tanto que articula otras posibilidades de anticipos y préstamos reintegrables mediante detracción en nómina.

¹⁸ Esta nota distintiva de la subvención fue ya destacada por VILLAR PALASÍ, J. L., (1954: 64), al indicar que «la subvención implica tanto como la atribución de una cantidad, a fondo perdido, sin que el beneficiario deba reintegrarla, como consecuencia del mismo otorgamiento, a diferencia, por tanto, de lo que sucede con los anticipos reintegrables y préstamos a la Administración».

¹⁹ Como ejemplo, el procedimiento de préstamo de ordenador portátil, destinado a estudiantes matriculados en la Universidad de Sevilla durante el curso 2023-2024 que no dispongan de un ordenador para el normal desarrollo de las actividades académicas (BOUS núm. 14/2023, de 27 de septiembre), o la normativa de préstamo de dispositivos electrónicos, modificada en sesión n. 23 del Consejo de Gobierno de 18 de diciembre de 2020, del Reglamento de la biblioteca de la Universidad de Jaén.

de la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP) con respecto a qué se entendía por Administraciones Públicas y, junto a las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, añadió los organismos públicos como resultado de su incorporación a la «administración institucional» por la también vigente en ese tiempo Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE)²⁰. Ante la falta de definición expresa por la legislación, la universidad fue considerada por la doctrina y la jurisprudencia ocasionalmente como una administración independiente, una corporación, una entidad de derecho público o un organismo autónomo²¹.

En tal contexto, anterior a la promulgación de la LGS, las definiciones de los estatutos aprobados a partir de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (en adelante, LOU) optaron por clasificar a la universidad pública como «Entidad de Derecho Público dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio», «institución de Derecho público, dotada de personalidad jurídica, que desarrolla sus funciones (...) en régimen de autonomía», o «Institución de Derecho Público, con personalidad jurídica y patrimonio propio [que] ostenta las potestades que derivan de su condición de Administración pública»²². Para estas instituciones o entidades la LOU no dudó en incluir, en su artículo 45.4, la posibilidad de que pudieran complementar el sistema de becas y ayudas del Estado y las Comunidades Autónomas con una «política de becas, ayudas y créditos para el alumnado».

²⁰ La LRJAP consideraba «Administraciones Públicas», a efectos de su aplicación, a la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas, las entidades que integran la Administración local y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas. Y, como hace notar AMOEDO SOUTO, C. A. (2017: 291), «si bien es cierto que las Universidades públicas no se mencionaban expresamente en el diseño del ámbito subjetivo de la Ley 30/1992, (...) fueron equiparadas a las Administraciones públicas de base territorial a los efectos procedimentales y de régimen jurídico, bajo la premisa de su «vinculación» —que no dependencia (...)— a ellas».

Con la LOFAGE se optó por «actualizar la normativa dedicada a la tradicionalmente denominada «Administración Institucional del Estado»» (exposición de motivos §.XI de la LOFAGE), denominando «Organismos Públicos» a todas las entidades dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado que realizan actividades fundamentalmente administrativas y se someten plenamente al derecho público, y «entidades públicas empresariales» a las que realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y se rigen por el derecho privado, salvo en relación con el ejercicio de potestades públicas y determinados aspectos de su funcionamiento.

²¹ En una clara y sucinta exposición de la consideración jurídica de las universidades en la historia reciente, LLADÓ MARTÍNEZ, A. (2017: 361-362) recoge las diversas definiciones utilizadas en los estatutos y leyes universitarias en distintos periodos.

²² Los ejemplos proceden de los Estatutos de la Universidad de Cádiz (BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003), Sevilla (BOE núm. 12, de 14 de enero de 2004), y Granada (BOE núm. 21, de 25 de enero de 2012).

El marco normativo que introducen las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), sitúa a las universidades públicas dentro del «sector público institucional», pero diferenciadas de los organismos y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, y declara la prevalencia de la normativa específica universitaria en las materias reguladas por estas Leyes (esto es, acto y procedimiento administrativo, y régimen jurídico del sector público)²³.

Así pues, el legislador, no solo ha establecido con claridad que las universidades públicas forman parte del sector público institucional y no de la Administración pública territorial, sino que incluso parece haber querido excluirlas del concepto de Administración pública, lo que ha propiciado un nuevo debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica de las universidades públicas y sobre la aplicabilidad a las mismas del Derecho Administrativo, pues tanto la LPACAP como la LRJSP parecen permitir o, al menos sugerir, la posibilidad de que estas instituciones puedan huir de la regulación contenida en ellas²⁴.

A pesar de ello, consideramos razonable afirmar que, hoy en día, las universidades públicas actúan dentro del sector público institucional como una Administración pública²⁵. No solo porque gestionan el servicio público de la educación superior

²³ La LPACAP y la LRJSP utilizan casi la misma formulación al delimitar su ámbito subjetivo. En sus respectivos artículos 2.2, indican que el «sector público institucional» se integra por los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas, entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, y las «Universidades públicas, que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de la presente Ley».

²⁴ En efecto, el párrafo 3 del artículo 2 de la LPACAP y de la LRJSP no incluyen a las universidades públicas entre las entidades que tienen «la consideración de Administraciones Públicas». Esta exclusión implícita, y la aplicación supletoria de la LPACAP y la LRJSP, han dado lugar a diferentes estudios doctrinales que ponen en cuestión tal redacción. Así, RIVERO ORTEGA, R. (2016: 232 y 251) considera que, al establecer el ámbito de aplicación de la LPACAP y la LRJSP, el legislador ha situado a las universidades públicas «en una suerte de inusitado limbo jurídico», «al excluir inicialmente a las universidades (no considerándolas administraciones públicas) para después declarar su aplicación supletoria». Por su parte, AMOEDO SOUTO, C. A. (2017: 286-287), considera que las leyes de 2015 introducen una «nueva definición institucional de las Universidades» y la desvinculación de estas de la regulación básica de procedimiento y de régimen jurídico del sector público, constituyendo «sector público institucional *sui generis*». Además, la referencia separada a las «Corporaciones de Derecho Público» rompe «la «hipótesis corporativa» que tradicionalmente ha animado el debate doctrinal a la hora de interpretar la naturaleza jurídica de las Universidades». Por otro lado, LLADÓ MARTÍNEZ (2017: 363) afirma que la universidad pública está habituada a tal «ambigüedad en cuanto a su consideración», pero señala que resulta «inaudita en la legislación postconstitucional» la exclusión de las universidades de la Administración pública como categoría especial frente al resto de administraciones.

²⁵ Esta consideración se encuentra avalada por la doctrina y la jurisprudencia. Como ejemplo, entre los autores citados anteriormente, RIVERO ORTEGA, R. (2016:241), afirma que «ni la Ley Or-

en un régimen de autonomía que les garantiza la Constitución y una Ley Orgánica, sino también porque cuentan con una estructura jerarquizada, con personal funcionario, fedatarios públicos y registros administrativos, porque su financiación procede mayoritariamente de las transferencias de la Administración territorial de la que dependen (motivo por el que se equiparan a esta a efectos de procedimiento y de régimen jurídico) y porque, como prestadoras que son de un servicio público, se someten a la normativa administrativa relativa a contratación pública, personal, procedimiento administrativo, acceso a la información, control del gasto público, contabilidad nacional, así como a los principios de legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y transparencia en la gestión que establece el artículo 81.1 LRJSP.

Así las cosas, la LOSU, que ha sucedido a la conocida y longeva LOU, define a las universidades como «instituciones, públicas o privadas, que desarrollan las funciones de docencia, investigación y transferencia e intercambio del conocimiento», y ofertan títulos universitarios oficiales de Grado, Máster Universitario y Doctorado, recogiendo en su artículo 32.2 la facultad para establecer, en el ámbito de sus competencias, «su propio sistema de becas y ayudas al estudio con cargo a sus presupuestos» complementario al determinado por el Estado y la comunidad autónoma.

De esta suerte, las universidades públicas andaluzas recogen en sus Estatutos su competencia para establecer una política de becas, ayudas y créditos a los estudiantes, conceder premios al alumnado o a la excelencia en la docencia, la investigación y la gestión, así como establecer prestaciones o beneficios al personal en el marco de su acción social, conformando así un extenso sistema de ayudas públicas que en muchas ocasiones (aunque no siempre) pueden ser consideradas subvenciones a la luz de la LGS²⁶. Aunque, ciertamente, todos los Estatutos de las universidades

gánica de Universidades, ni los Estatutos de nuestras universidades públicas, ni la legislación universitaria autonómica, ni otras normas internas de cada institución regulan ni el régimen jurídico de sus actos ni los aspectos generales de su procedimiento administrativo (...), al entender y dar por supuesto que las universidades no se diferencian en la mayor parte de su naturaleza y régimen jurídico al resto de administraciones públicas». Por parte de la jurisprudencia, mencionaremos la STS 1029/2019, de 10 de julio (ponente: CALVO ROJAS), en la que, sin tratar de dar respuesta a la controvertida cuestión de la naturaleza jurídica de las universidades públicas, el tribunal realiza varias afirmaciones que apuntan en el sentido al que nos referimos: «sus actos son actos administrativos; y, en particular, las resoluciones del Rector y los acuerdos del Consejo Social, del Consejo de Gobierno y del Claustro Universitario son actos administrativos que agotan la vía administrativa, siendo impugnables directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa»; «las Universidades Públicas exigen tasas (tributos) cuya impugnación se encausa por la vía de las reclamaciones económico-administrativa, primero, y luego por la del proceso contencioso-administrativo»; «si bien la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, no las caracterizan formalmente como Administración pública, es indudable que la actuación de las universidades públicas está en su conjunto sujeta al régimen jurídico público».

²⁶ Incorporan de manera expresa esta competencia de las universidades: los artículos 46.13, 133 y 184 de los Estatutos de la Universidad de Cádiz, aprobados por Decreto 281/2003, de 7 de octubre y

públicas andaluzas están pendientes de adaptación a las previsiones de la LOSU y de la futura ley andaluza de universidades, nada hace pensar que vayan a introducirse modificaciones significativas en esta cuestión.

IV. LA SUBVENCIÓN DEBE CONCEDERSE A FAVOR DE PERSONAS PÚBLICAS O PRIVADAS

Si bien la condición de beneficiario, o la naturaleza pública o privada que este pudiera tener, no se cuenta entre los indicios que nos permiten delimitar el concepto de subvención, conviene detenerse en dos exigencias concernientes a la figura de la persona beneficiaria: que para que exista subvención necesariamente habrá de producirse un desplazamiento patrimonial de la Administración pública concedente a la persona beneficiaria, y que para que los premios puedan considerarse subvención deberá mediar solicitud previa del interesado.

1. Ayudas en las que no se produce un desplazamiento patrimonial

La entrega material de dinero que realiza la universidad pública al conceder una subvención debe traducirse en el desplazamiento de fondos públicos de su patrimonio para integrarse en el patrimonio de otra persona física o jurídica, sea esta pública o privada²⁷. Este aspecto debería tenerse especialmente en cuenta por las

modificados por Decreto 197/2017, de 12 de diciembre (BOJA núm. 239, de 15/12/2017); los artículos 13 y 137.11 de los Estatutos de la Universidad de Córdoba, aprobados por Decreto 280/2003, de 7 de octubre y modificados por Decreto 212/2017, de 26 de diciembre (BOJA núm. 4, de 5/1/2018); el artículo 143 de los Estatutos de la Universidad de Granada, aprobados por Decreto 231/2011, de 12 de julio (BOJA núm. 147, de 28/07/2011); el artículo 108 de los Estatutos de la Universidad de Málaga, aprobado por Decreto 464/2019, de 14 de mayo, (BOJA núm. 93, de 17/5/2019); el artículo 135.2 de los Estatutos de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, aprobados por Decreto 298/2003, de 21 de octubre y modificados por Decreto 265/2011, de 2 de agosto (BOJA núm. 158, de 12/08/2011); los artículos 121.5 y 128.4 de los Estatutos de la Universidad de Sevilla, aprobados por Decreto/2003, de 25 de noviembre (BOUS núm. 2, de 27/4/2017); y el artículo 79 de los Estatutos de la Universidad Internacional de Andalucía, aprobados por Decreto 236/2011, de 12 de julio (BOE núm. 21 de 25/01/2012).

Recogen a lo largo del texto distintas referencias a becas y ayudas: el Decreto 225/2018, de 18 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Almería (BOJA núm. 247 de 24/12/2018); el Decreto 232/2011, de 12 de julio, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Huelva (BOJA núm. 234, de 28/07/2011); y el Decreto 230/2003, de 29 de julio, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Jaén (BOJA núm. 152, de 08/08/2003).

²⁷ Tal es el sentido del artículo 2.1 LGS al referirse a «toda disposición dineraria realizada por cualquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas». Por su parte, FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2005: 48) afirma: «toda subvención, obviamente, supone un ingreso en el patrimonio del beneficiario, sea privado o público». En realidad, y como hemos indicado, esto no es del todo preciso, pues dado que el artículo 11 LGS considera que el beneficiario es la persona que haya de realizar la actividad o se encuentre en la situación que fundamentó su otorgamiento, es posible

universidades a la hora de establecer subvenciones, pues son numerosas las bases y convocatorias en las que se prevé un procedimiento competitivo dirigido al reparto de fondos dentro de la misma institución para la realización de actividades que le son propias. En tales casos no se produce un desplazamiento patrimonial fuera de la institución universitaria o, dicho de otra forma, el dinero concedido no conlleva el enriquecimiento de los beneficiarios de la ayuda financiada con cargo al presupuesto de la universidad, dado que ese dinero nunca llega a entrar en el patrimonio de tales beneficiarios.

Estas supuestas subvenciones son concedidas con no poca frecuencia por las universidades a sus propios órganos, a meras unidades administrativas de la misma institución, o a grupos de docentes o investigadores. En estos casos, como es obvio, no se produce un verdadero desplazamiento patrimonial porque estos órganos y unidades no tienen ni personalidad jurídica diferenciada ni patrimonio propio y distinto del de la propia institución matriz. Falta, pues, el cambio patrimonial que se exige en la figura de la subvención, ya que los fondos permanecen en el presupuesto de la misma institución. Parece ser preciso, por tanto, que la persona jurídica beneficiaria sea un tercero, una persona jurídica ajena a la entidad concedente o, en palabras de NIEVES BORREGO, que tenga «la necesaria independencia como para no estar ligado de una manera directa e inmediata al organismo subvencionante, de tal modo que sea parte integrante de la entraña administrativa de aquél»²⁸.

Estos supuestos constituyen, en realidad, simples asignaciones para financiar la actividad habitual de los órganos y unidades de la universidad o, dicho de otra manera, una mera distribución o reparto presupuestario interno. Lo que ocurre es que, con asiduidad, y aun sin estar obligada a ello, la universidad decide realizar este reparto utilizando procedimientos de concurrencia competitiva entre tales órganos y unidades. No se trata, por tanto, de «verdaderas subvenciones que se conceden de forma ocasional, afectadas a una finalidad concreta»²⁹, que obligarían a los perceptores de la subvención a justificar el uso de los fondos y a reintegrarla en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en la convocatoria.

Entre las convocatorias publicadas por la Universidad de Córdoba encontramos algunos ejemplos de este tipo de ayudas, sean para actividades docentes, investigadoras o de extensión cultural:

que una persona realice dicha actividad o se encuentre en dicha situación (el beneficiario) y que el ingreso se integre en el patrimonio de un tercero.

²⁸ NIEVES BORREGO, J. (1963: 35).

²⁹ FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2005: 34).

- Las convocatorias anuales de apoyo a los proyectos de las «Aulas de Proyección Social y Cultural»³⁰ permiten dotarlas de un presupuesto para la realización de sus actividades con arreglo a las líneas estratégicas de la Universidad y los criterios de evaluación establecidos para estas ayudas. Configuradas como grupos de trabajo formados exclusivamente por miembros de la comunidad universitaria para el desarrollo de actividades de extensión y proyección social y cultural, las Aulas son estructuras específicas creadas por la universidad que sirven de instrumento a la institución para promover el desarrollo cultural en la ciudad y la provincia de Córdoba, cumpliendo con uno de los fines que se le encomiendan a la Universidad de Córdoba en el artículo 2 de sus Estatutos.

- De igual forma, la convocatoria de ayudas para la organización de congresos, seminarios y reuniones científicas de la UCO establece un procedimiento para financiar lo que se denominan «acciones complementarias» del Plan Propio de Investigación de la Universidad. Dado que estas ayudas no se ingresan en el patrimonio de las personas solicitantes, sino «en la Unidad de Gasto del grupo de investigación o en aquella que sufragó la actividad»³¹, resulta ser, en definitiva, un reparto del presupuesto, entre las unidades administrativas que forma el personal docente e investigador, basado en una evaluación previa de solicitudes, debido a la imposibilidad de poder financiar todas las actividades de este cariz que desee organizar el conjunto del personal de la institución.

Los anteriores son casos claros de distribución de fondos para permitir actividades propias de la institución universitaria concedente. En las convocatorias citadas se establecen criterios de evaluación y procedimientos de concurrencia competitiva para resolver sobre el reparto de las ayudas, lo que llevaría a pensar que se trata de subvenciones. Sin embargo, faltaría un elemento esencial de la subvención como es el desplazamiento patrimonial.

En tales ejemplos los fondos adjudicados no tienen por fin integrarse en el patrimonio de un particular o de una persona jurídica, pública o privada, sino que permanecen dentro de la misma organización concedente para que las unidades o grupos perceptores puedan realizar actividades propias de las funciones de la universidad. Del mismo modo que la entrega de ordenadores al profesorado y al personal

³⁰ Las Aulas de Proyección Social y Cultural de la Universidad de Córdoba, reguladas por Reglamento 17/2020 de Consejo de Gobierno, de 27 de marzo de 2020, modificado por Consejo de Gobierno en sesión ordinaria de 26 de abril de 2024 (BOUCO núm. 2024/00672 de 30/04/2024) reciben fondos para financiar sus actividades en el marco de convocatorias anuales. Como ejemplo, la convocatoria 2025 se encuentra publicada en BOUCO núm. 2024/01693 de 23/12/2024.

³¹ Artículo 8.1. de la Convocatoria de la Submodalidad 3.2. Organización de congresos, seminarios y reuniones científicas del Plan Propio de Investigación 2021 (BOUCO núm. 2021/00131 de 01/02/2021).

técnico, de administración y servicios, o de sillas, mesas, bolígrafos y papel, para que puedan realizar su trabajo, no tiene como fin integrar estos bienes en el patrimonio de sus usuarios, sino hacer posible la simple prestación del servicio, el normal funcionamiento de la universidad. Frente a esta situación, y según se ha indicado antes, en las subvenciones el «destino natural del dinero entregado es su integración en el patrimonio del beneficiario»³².

Por tanto, la ausencia del mencionado desplazamiento resulta clave para no considerarlas verdaderas subvenciones, sino meras dotaciones o asignaciones presupuestarias entre órganos, unidades o servicios de la misma entidad y dentro de un mismo patrimonio. Esta situación, por cierto, hará también que resulte imposible que pueda generarse una obligación de reintegro, pues entre los órganos de una misma persona jurídica no puede haber derechos de crédito ni obligaciones pecuniarias.

2. El caso particular de los premios

La segunda cuestión que conlleva una particularidad concerniente a la persona beneficiaria de la subvención es el caso de los premios.

Las distinciones o premios, ciertamente frecuentes en el ámbito universitario como medidas de estímulo, de carácter honorífico, para integrantes de la comunidad universitaria o incluso para personas ajenas a ella, con no menos frecuencia suelen ir acompañadas de un importe monetario que las acaba convirtiendo en medidas de fomento de carácter económico, susceptibles de caer en el ámbito de aplicación de la LGS.

De hecho, resultaría bastante conveniente aplicar la LGS a este particular uso de fondos públicos para crear y conceder premios de carácter científico, educativo o cultural, abiertos en muchos casos a que pueda optar a ellos cualquier persona interesada³³. En la concesión de un premio en metálico, por parte de una Administración pública, a una o varias personas beneficiarias en las que concurre una situación, o que han realizado un proyecto o actividad que dicha Administración ha considerado digna de ser premiada, confluyen ya varios de los elementos requeridos por el artículo 2.1. LGS, restando solo por comprobar que la concesión del premio no comporte contraprestación alguna por parte de los beneficiarios y que la situación o actividad premiada contribuya o responda a la promoción de un fin público o de interés general.

³² COLLADO BENEYTO, P.J. (2009: 159).

³³ Resulta curiosa la formulación de la convocatoria anual del Premio Europeo de Cine-Guion Cinematográfico Universidad de Sevilla, en la que pueden participar no solo alumnado y egresados de universidades europeas, sino los «nacidos con posterioridad al 1 de enero de 1982 que aún no hayan estrenado un largometraje en salas comerciales». De la misma universidad, el Concurso de Ideas de Arquitectura para la Nueva Facultad de Farmacia, permite participar en la convocatoria tanto a personas individuales como a equipos de trabajo.

Además, que los premios se consideran subvenciones, esto es, medidas de fomento incluidas en el ámbito objetivo de la LGS, queda corroborado tanto por el hecho de que la propia Ley haya previsto el desarrollo reglamentario de un «régimen especial aplicable al otorgamiento de los premios educativos, culturales, científicos o de cualquier otra naturaleza» (disposición adicional décima), como por incorporar la exclusión expresa del supuesto particular de «los premios que se otorguen sin la previa solicitud del beneficiario» (artículo 4, letra a)³⁴.

En las universidades públicas andaluzas podemos encontrar ambos casos: premios resultantes de una convocatoria a la que han concurrido directamente las personas interesadas, como son los frecuentes premios a trabajos de fin de Grado, Máster o Tesis doctorales, y los que se conceden sin que haya mediado previamente una solicitud por parte de las personas que resultan finalmente beneficiarias, como ocurre con los premios a la labor docente del profesorado universitario o los premios al mejor expediente de cada promoción. A los primeros les resulta aplicable la LGS, en tanto que los segundos quedan excluidos excepcionalmente de su ámbito de aplicación, por decisión expresa del legislador³⁵.

³⁴ COLLADO BENEYTO, P.J. (2009: 167), considera, por el contrario, que la LGS genera confusión en lo que se refiere a los premios de carácter educativo, cultural, científico «o de cualquier otra naturaleza», pues introduce en la disposición adicional 10ª LGS que deben ser objeto de una reglamentación específica, en ausencia de la cual resulta aplicable el régimen previsto en la LGS. En una línea similar, TOSCANO GIL, F. (2024: 26) afirma que «la LGS incluye a los premios bajo su ámbito de aplicación, si bien la inclusión es solo parcial, y se establece de forma indirecta, y un tanto alambicada, partiendo de una exclusión, que, interpretada *a sensu contrario*, conduce a esta inclusión». Ya antes, FERNÁNDEZ FARRERES, G., (2006:33) había apuntado, refiriéndose precisamente a los premios concedidos por las Universidades, que estos tienen la consideración de subvenciones en cuanto comporten la entrega de una suma dineraria, si bien con «especificidades suficientes como para que no siempre sean aplicables todas las previsiones de la LGS».

³⁵ Citamos como ejemplo de los primeros los Premios Clara Campoamor a Trabajos Fin de Máster y Tesis Doctorales realizados en la Universidad de Huelva sobre cualquier materia o disciplina con perspectiva de género (publicada con código BDNS 728219) y, en el caso de los segundos, los premios al profesorado concedidos por el Consejo de Gobierno conforme al «Modelo de Excelencia Docente de la Universidad de Córdoba» (BOUCO núm. 2022/00529, de 03/05/2022).

Sobre la base de esta distinción, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M. (2023: 74-75) se refiere a los primeros como «premios-subvención» y, siguiendo a SESMA SÁNCHEZ, B., afirma que deben considerarse como una modalidad de la subvención los premios «que consistan en una cantidad de dinero y que cumplan con los requisitos establecidos en el art. 2 LGS». La autora continúa corroborando la aplicabilidad de la LGS a «los premios-subvención que se otorgan previa petición del interesado, usualmente a través de convocatoria».

V. LA ENTREGA DINERARIA DEBE REALIZARSE SIN CONTRAPRESTACIÓN DIRECTA DE LOS BENEFICIARIOS

Que la entrega dineraria en que consiste la subvención deba realizarse sin contraprestación directa de los beneficiarios supone que estos reciben un montante de dinero sin que la Administración pueda exigirles nada a cambio. Si bien es cierto que la subvención, como veremos luego, conllevará inevitablemente la realización de una actividad o proyecto concreto o la concurrencia de una determinada circunstancia, nunca podrá comportar una contraprestación de forma directa, lo que significa que la Administración —en este caso, la universidad pública— que concede una subvención no obtendrá una compensación por lo entregado a la persona beneficiaria.

La persona que solicita una subvención lo hace para financiar una actividad que es de su interés, por lo que las cargas u obligaciones que pueda llevar aparejadas su aceptación no constituirán verdaderas prestaciones a favor de la Administración otorgante, sino la simple realización de la actividad que, muy probablemente, se hubiera llevado a cabo en todo caso aun sin recibir dicha subvención³⁶.

La ausencia de contraprestación directa nos remite al concepto de «gratuidad de la subvención» que, como expresa con claridad BUENO ARMIJO, «en la subvención significa que la atribución que esta supone es gratuita, es decir, que la Administración pública no tiene que recibir nada a cambio de lo que otorga»³⁷. Es decir, la subvención supone siempre y en todo caso un empobrecimiento de la Administración, porque una cantidad de dinero sale de su patrimonio sin que se produzca ningún ingreso de valor equivalente procedente del patrimonio del beneficiario.

En el ámbito universitario encontramos que, en determinadas ocasiones, se impone aparentemente a los beneficiarios de supuestas subvenciones la obligación de prestar un servicio a la Administración, pero se trata de una impresión errónea. Tal es la situación que se produce con las ayudas Margarita Salas o María Zambrano³⁸.

³⁶ FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2005: 36) se basa en ese interés o beneficio propio de la persona beneficiaria de la subvención para explicar la ausencia de carácter sinalagmático: «La actividad que el beneficiario desarrolla no deja de ser una actividad que le es propia y que a él beneficia, sin que la Administración otorgante obtenga nada a cambio. Y por eso mismo — aunque concurren también otras razones —, la relación jurídico-subvencional no se configura como una relación contractual sinalagmática».

³⁷ BUENO ARMIJO, A. (2011: 53). El mismo autor cita (2011: 58), sin embargo, jurisprudencia en contra que reconocía «la naturaleza en parte contractual de la subvención» y «el carácter contractual de la subvención sobre incentivos regionales».

³⁸ Pongamos como ejemplo, entre otras, la Resolución de 1 de julio 2021, del Rector de la Universidad de Málaga, por la que se convocan Ayudas para la recualificación del Sistema Universitario Español para 2021-2023 en el marco del Real Decreto 289/2021, de 20 de abril (código BDNS 597551), en cuyo artículo 8 remite estas «subvenciones» a la LGS y RGS, en tanto que el artículo 4, en relación con las ayudas Margarita Salas establece: «La modalidad del contrato a formalizar con las personas beneficiarias será el contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, previsto en la Ley 14/2011,

Este esquema de ayudas se deriva de la concesión directa de subvenciones a las universidades públicas para la recualificación del sistema universitario español, tras la puesta en marcha por parte de la Comisión Europea del Instrumento Europeo de Recuperación *Next Generation EU* para el periodo 2021-2026 y del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España. En su calidad de beneficiaria, la universidad asume el compromiso frente al Ministerio de destinar las subvenciones a financiar una convocatoria plurianual de ayudas en las tres modalidades previstas en el Real Decreto regulador³⁹. El Ministerio otorga, pues, una ayuda económica a la universidad sin que exista una contraprestación directa por parte de esta. Cuestión distinta es que, como resultado de la adjudicación de estas ayudas a las universidades, estas estén obligadas a la formalización, con terceras personas, de un contrato posdoctoral con dedicación a tiempo completo. Es decir, como resultado de estas convocatorias se concluirán «contratos financiados con cargo a estas ayudas», revestidos, pues, de un marcado carácter sinalagmático. Pero se trata de relaciones entre la universidad y terceras personas (los investigadores), sin que en ningún caso se cree ningún vínculo contractual ni sinalagmático alguno entre la Administración concedente (el Ministerio) y las beneficiarias de las subvenciones (las universidades).

A medio camino entre una relación contractual y la ausencia total de contraprestación se encontrarían las ayudas en virtud de las cuales se imponen a los beneficiarios ciertas cargas que benefician en algún sentido a la institución concedente o a la comunidad universitaria. Por ejemplo, en los premios concedidos a trabajos de investigación, la universidad concedente no percibe, en principio, nada de manera directa a cambio de la subvención concedida⁴⁰. No obstante, las convocatorias de premios de investigación suelen incorporar ciertas obligaciones, como la necesidad

de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación». Por su parte, la Resolución de 30 de marzo de 2022, de la Universidad de Córdoba, por la que se convocan Ayudas para la recualificación del sistema universitario español para 2021-2023 (código BDNS 618301) se refiere a las «ayudas subvencionables objeto de la presente convocatoria», en tanto que el artículo 18 establece que «la Universidad de Córdoba formalizará con las personas beneficiarias un contrato laboral con dedicación a tiempo completo, que tendrá una duración de 2 años» con una dotación mensual bruta de 3.500 € para estancias en el extranjero, y de 2.800 € brutos para estancias en España. La situación se repite en la Resolución de 1 de marzo de 2022 de la Universidad de Granada por la que se aprueba una convocatoria complementaria con los fondos resultantes de renunciadas y vacantes de la convocatoria de 30 de junio de 2021, por la que se convocaron Ayudas para la recualificación del sistema universitario español para 2021-2023 (código BDNS 786205), que en su artículo tercero indica: «Los beneficiarios suscribirán un contrato de trabajo con la Universidad de Granada».

³⁹ Real Decreto 289/2021, de 20 de abril, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a universidades públicas para la recualificación del sistema universitario español, que instrumenta la inversión C21.I4 «Formación y capacitación del personal docente e investigador universitario» por un importe total de 361,56 millones de euros para el periodo 2021-2023.

⁴⁰ Recordemos que tiene consideración de subvención el premio concedido habiendo mediado solicitud de la persona que lo recibe, y que, por el contrario, el artículo 4, letra a) de la LGS excluye expresamente los premios otorgados sin la previa solicitud del beneficiario.

de que figure la universidad de filiación en los trabajos premiados cuando se presenten en foros científicos, lo que no dejaría de ser una obligación puramente formal exigida por la concedente de la subvención. En otras ocasiones la carga podría resultar algo más gravosa, como sucede con la «invitación» a impartir una conferencia científico-divulgativa relacionada con el trabajo de investigación premiado por el Instituto Universitario de Investigación de Neurociencias Federico Olóriz de Granada para investigadores noveles en neurociencias⁴¹. Estos compromisos impuestos a las personas beneficiarias del premio reportarán a la institución que los otorga un beneficio en términos de imagen, visibilidad y prestigio, por lo que la universidad concedente obtiene un cierto retorno por la subvención concedida. No es imposible que el incumplimiento de estos compromisos pueda dar lugar al reintegro del premio percibido. Pero lo que no ocurrirá, en ningún caso, es que la universidad concedente pueda exigir su cumplimiento, imponiendo incluso su cumplimiento forzoso, porque no tiene un verdadero derecho a exigirlos, dado que no constituyen auténticas obligaciones del beneficiario, ni se configuran como obligaciones sinalagmáticas o contraprestaciones⁴².

En estos supuestos, aunque recae alguna carga sobre las personas beneficiarias, en opinión de NIEVES BORREGO esta no resulta «tan trascendente a la concesión de la subvención hasta el punto de que se deba pensar en la existencia de un pago por prestación de servicio»⁴³. A lo sumo, las actuaciones que en ocasiones se exigen al beneficiario, aun no siendo la causa principal de otorgamiento de la subvención —y que consisten en una ventaja para la universidad concedente, en la medida que impliquen la satisfacción de una necesidad pública— podrían entenderse como una «contraprestación indirecta» que, «aun constituyendo una contraprestación, no se encontraría causalizada»⁴⁴.

Finalmente, entre los ejemplos de auténticas subvenciones, en las que la contraprestación por parte del beneficiario de la subvención es inexistente, mencionaremos las frecuentes convocatorias de ayudas para la realización por el estudiantado de trabajos de investigación o de fin de Grado o Máster (TFG/TFM) en un ámbito concreto. Por ejemplo, el Departamento de Agronomía de la Universidad de Córdoba, Unidad de Excelencia María de Maeztu, oferta becas destinadas a promover la formación básica en investigación en las áreas en las que imparte docencia la Escuela Superior de la que depende. Observamos en este supuesto que solo tras la

⁴¹ Convocatoria Anual 2024 publicada en BDNS el 04/09/2024 con el código 783822.

⁴² BUENO ARMILLO, A. (2013: 74), afirma en este sentido: «El beneficiario de una subvención nunca puede ser obligado a cumplir la actividad que justificó la concesión del dinero. El incumplimiento podría dar lugar al reintegro de lo percibido, pero nada más».

⁴³ NIEVES BORREGO, J. (1963: 50).

⁴⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L. (2005: 74).

presentación del correspondiente TFG o TFM tendrá el/la estudiante beneficiario derecho al abono de la ayuda económica, lo cual supone un requisito *sine qua non* para que tenga lugar el pago de la ayuda, al que se añaden otras obligaciones dirigidas a visibilizar tanto los resultados obtenidos, como el departamento concedente de la ayuda. No obstante, el concedente no podría en ningún caso exigir al estudiante beneficiario la finalización del TFG o el TFM, pues la subvención se dirige únicamente a incentivarlo, a influir sin imposiciones en su conducta.

En este último caso se advierte claramente que la voluntad del beneficiario de realizar la acción o proyecto que la Administración (la universidad) ha establecido como subvencionable, por responder a un fin público, será esencial para que dicha subvención despliegue su potencial como medida de fomento. En este sentido se pronuncia COLLADO BENEYTO cuando afirma que «la subvención tiene en común con el resto de medidas de fomento administrativo la nota distintiva de la voluntariedad del interesado en colaborar con la administración en el desarrollo de actividades de interés general»⁴⁵. Esta observación subraya que, a diferencia de otras figuras jurídicas, la subvención se caracteriza por la libre decisión del beneficiario de participar en actividades que, además de responder a su propio interés, promueven fines de interés público.

Por tanto, confluyen aquí la gratuidad de la entrega dineraria por parte de la Administración y la actuación voluntaria de la persona beneficiaria de la subvención, siguiendo su interés particular.

Este planteamiento invita a diferenciar la relación subvencional de la relación contractual, enfatizando la ausencia en la primera de un intercambio bilateral que es característico en la segunda. Como ejemplo de ello, volviendo al supuesto de la subvención concedida para la realización de un TFG o TFM, dado que la universidad no estaría en situación de imponer al beneficiario que realizara dicho trabajo, no existe aquí la exigibilidad propia de una relación contractual para conseguir de la contraparte la prestación de una obra o servicio.

Por ello BUENO ARMILLO concluye que «lo que se pretende con esta previsión normativa es negar el carácter sinalagmático de la subvención»⁴⁶. Se evitarán, de

⁴⁵ COLLADO BENEYTO, P. J. (2009: 153). En el mismo sentido, TENA PIAZUELO, V., en LÓPEZ RAMÓN, F. (2005: 106) afirma sobre las diversas fórmulas de la actividad de fomento que «han hecho posible que se produzca la conjunción entre la voluntariedad de la acción que se premia o recompensa y la decisión pública de otorgar a la misma algún tipo de incentivo. Instrumentando todo tipo de auxilios se consigue estimular voluntariamente la realización de tales actividades».

⁴⁶ BUENO ARMILLO, A. (2011: 57). Con el fin de dilucidar si la subvención es un contrato, este mismo autor (2011: 59) propone diferenciar entre el acto jurídico por el que se crea la relación jurídica subvencional —en principio, un acto administrativo que no encarna la bilateralidad típica de un contrato sinalagmático, aunque en ciertos supuestos pueda formalizarse mediante una figura afín, como el convenio— y

esta manera, confusiones derivadas de ciertas similitudes entre ambas figuras jurídicas, como su carácter bilateral o el acto constitutivo de las mismas, ya que, aunque la subvención se concede habitualmente mediante un acto administrativo, para el establecimiento de la relación jurídica subvencional es posible también utilizar vehículos jurídicos cercanos al contrato, como el convenio.

De hecho, en el ámbito universitario encontramos habitualmente ejemplos de relaciones subvencionales formalizadas mediante convenio. Es el caso de los convenios de subvención establecidos para la gestión de fondos de la Unión Europea, por ejemplo, en el marco del Programa Erasmus+ (donde la institución universitaria suscribe dichos convenios como beneficiaria de los fondos europeos y como concedente de becas a individuos)⁴⁷ o los convenios de colaboración suscritos entre universidades y empresas o entidades a las que se otorgan subvenciones de forma directa de acuerdo con previsiones incluidas en sus correspondientes presupuestos, al amparo del artículo 22.2.a) LGS⁴⁸.

Así pues, lejos de configurarse como una relación contractual de naturaleza sinalagmática, y a pesar de la forma que pueda revestir el acto constitutivo de la misma, la subvención se caracteriza por la gratuidad en su concesión, esto es, la ausencia de contraprestación directa para la Administración concedente, así como por la voluntariedad del beneficiario en el desarrollo de las actividades que la Administración concedente ha fijado como subvencionables. Este último aspecto nos conduce directamente al examen del siguiente requisito establecido por el artículo 2.1. LGS.

VI. LA ENTREGA DINERARIA DEBE ESTAR SUJETA A LA REALIZACIÓN DE UNA ACTIVIDAD O LA CONCURRENCIA DE UNA SITUACIÓN

Otro elemento fundamental de la subvención es que esta deberá estar «sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realiza-

la relación jurídica subvencional en sí misma —que se regirá por sus propias normas y es coincidente con la relación contractual únicamente por el carácter bilateral de ambas—.

⁴⁷ Así, el Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 describe al «beneficiario» como «una persona física o una entidad con o sin personalidad jurídica con la que se ha celebrado un convenio de subvención».

⁴⁸ Por ejemplo, la UCO cuenta con un modelo de convenio cuyo objeto es canalizar las subvenciones que figuran en su Presupuesto, así como establecer las condiciones y compromisos que asume la persona beneficiaria y el Presupuesto para el año 2025 incluye en el epígrafe «3.14. Subvenciones de concesión directa excepcional, aportaciones de financiación y subvenciones de concurrencia competitivas» las previstas para la Fundación Mujeres X África y para la Asociación de alumnos y exalumnos de la Cátedra Intergeneracional Francisco Santiesteban. BUENO ARMILLO, A. (2017: 284-285) se muestra, sin embargo, contrario a que las universidades y otras administraciones distintas de las expresamente mencionadas en el art. 22.2.a) LGS puedan hacer uso de esta posibilidad de conceder directamente subvenciones nominativas a través de sus presupuestos.

ción de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación». La intención del legislador es, según él mismo indica, introducir un elemento diferenciador de la subvención con respecto a otras figuras jurídicas análogas, que consiste en «la afectación de los fondos públicos entregados al cumplimiento de un objetivo. Si dicha afectación existe, la entrega de fondos tendrá la consideración de subvención y esta ley resultará de aplicación a la misma»⁴⁹. De este modo, deberían excluirse del concepto de subvención, y del ámbito objetivo de la LGS, otras disposiciones dinerarias sin contraprestación directa que no se encuentren afectas a actividades pendientes de desarrollo. Sin embargo, esta no es una afirmación del todo cierta.

Afectar, en sus acepciones jurídicas, significa destinar una suma o un bien a un gasto o finalidad determinados, o imponer un gravamen u obligación sobre algo. Precisamente lo que se requiere en el párrafo b) del artículo 2.1. LGS es que el montante dinerario de la subvención recibida se destine a un objetivo, proyecto o actividad, imponiendo al beneficiario la obligación de cumplir con el objetivo que fundamenta la concesión de las subvenciones (artículo 14 LGS). La entrega dineraria que realiza la Administración se encuentra, por tanto, «afecta» al cumplimiento de un determinado objetivo por parte del beneficiario, lo que se ha interpretado por cierta doctrina como una limitación o gravamen, además de ser la causa directa de la atribución patrimonial en que consiste la subvención⁵⁰.

La LGS no escatima esfuerzos al enumerar los supuestos que legitimarían la entrega dineraria en que consiste la subvención, recogiendo varias formas en las que se pueda llevar a cabo dicho cumplimiento («ejecución de un proyecto», «realización de una actividad», «adopción de un comportamiento singular», «concurrencia de una situación») e incluso distintos momentos en los que pueda tener lugar («ya realizados o por desarrollar»). Además, dicho proyecto o actividad parece que deberá

⁴⁹ Exposición de motivos §.2 de la LGS.

⁵⁰ Esta es la interesante hipótesis que formula BUENO ARMILLO, A. (2011: 65-67), tras analizar las diversas propuestas teóricas que tratan de explicar la relación entre la subvención y la afectación a un fin remitiéndose a las instituciones de la carga, el modo y la condición resolutoria. El autor se basa en la distinción entre la causa del acto de concesión de la subvención, que deberá adecuarse al fin público marcado por las bases reguladoras, y la causa de la atribución patrimonial, que supondrá que el dinero entregado sirva para realizar determinada actividad (la afectación). Y continúa diciendo: «el reintegro obedecerá, por norma general, a la falta de causa de la atribución patrimonial, al faltar la razón, el motivo que justifique la transferencia de una cantidad económica de un patrimonio (público) a otro». Alguna jurisprudencia continúa relacionando las obligaciones que corresponden al beneficiario de la subvención con la figura jurídica del modo, como sucede en la STSJ de Andalucía/Granada 1183/2021, de 24 de marzo (ponente: JIMÉNEZ MORERA), en materia de contratación de personal docente en una subvención concedida por la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía. En dicha sentencia se afirma taxativamente: «porque la naturaleza modal de la subvención no admite discusión, así como tampoco el que sea a cargo del beneficiario el deber de acreditar el cumplimiento de lo que por ello le incumbe».

presentarse como específico, concreto y determinado⁵¹, no con carácter genérico, pues así se deduce del mismo artículo 2.1.b) LGS, que exige como requisito de la subvención que la entrega quede sujeta al cumplimiento de un «determinado» objetivo, o a la adopción de un comportamiento «singular».

Entre la maraña del enunciado de este precepto brotan distintas ideas que conviene atender. En primer lugar, el artículo 2.1.b) LGS ampara dos supuestos diferentes, ya que vincula la entrega dineraria, bien al cumplimiento de un determinado objetivo (sea en forma de proyecto, actividad o comportamiento) «por desarrollar», o bien al hecho de que el proyecto o actividad ya se hayan realizado, es decir, a la «conurrencia de una situación». Esta distinción nos conduce a la diferenciación clásica entre subvenciones *stricto sensu* (o subvenciones *ex ante*) y primas (o subvenciones *ex post*) atendiendo a la presencia o no del elemento de la afectación, que solo está presente en la primera.

En segundo lugar, existen diversas maneras de concretar el objetivo de la subvención *stricto sensu* (o *ex ante*). Esto es, es posible que la Administración convocante defina el proyecto o actividad «por desarrollar» con mayor o menor precisión, e incluso que del desarrollo de dicha actividad no se pretenda la obtención de un resultado concreto. Esto nos permite llegar a la distinción entre «subvenciones de actividad» y «subvenciones de resultado». Esta distinción, sin embargo, no resulta posible en el caso de las primas (subvenciones *ex post*), pues se conceden cuando la situación o actividad se encuentra «ya realizada», y esta situación exigida para la concesión del dinero estará, obviamente, bien definida en tanto que ya concurre o se ha realizado.

En tercer lugar, en todo caso, el beneficiario está obligado a destinar la subvención otorgada al objetivo fijado, a la situación futura e incierta que fundamentó dicho otorgamiento, lo que equivale a decir que debe cumplir la afectación. Pero, nuevamente, esta exigencia solo resulta posible en el caso de las subvenciones *stricto sensu* (o *ex ante*), dado que no hay ninguna actividad futura e incierta a la que se encuentren afectas las primas (subvenciones *ex post*), en la medida en que son subvenciones concedidas por actividades «ya realizadas» o por la concurrencia de una situación. En el caso de las primas, esta actividad ya realizada o situación concurrente se configura como un requisito del acto de concesión, como un presupuesto de hecho que debe concurrir obligatoriamente para su válida adopción.

Y, finalmente, aunque no se indique en este artículo, sí resulta de la afirmación anterior que el incumplimiento de las obligaciones a las que se encuentra afecta la subvención por parte de la persona beneficiaria podrá derivar en la exigencia del reintegro de las cantidades percibidas. Lo que, de nuevo, solo es posible en el caso de

⁵¹ COLLADO BENEYTO, P. J., (2009: 175) refiere, sin embargo, dicha concreción más bien al interés general que a la actividad a realizar: «para el fomento de una actividad de interés general que deberá presentarse como específica, concreta y determinada, no con carácter genérico».

las subvenciones *stricto sensu*, es decir, aquellas vinculadas a una actividad que no se sabe si se realizará o no. Veamos todo ello con más detalle.

1. La distinción entre subvención en sentido estricto y prima

Como ya se ha comentado, el art. 2.1, párrafo b), de la LGS recoge dos supuestos subvencionables diferentes: las actividades, proyectos o comportamientos por realizar (esto es, futuros e inciertos), y la concurrencia de una situación o la existencia de actividades o proyectos ya realizados (presentes y ciertos).

La afectación, el rasgo con el que el legislador pretendió dar un carácter particular a la figura de la subvención, solo concurre en el primer supuesto, en las subvenciones que encuentran su causa en la realización de una actividad en el futuro, por lo que vienen a denominarse «subvenciones *ex ante*» o subvenciones en sentido estricto, en contraposición con las «subvenciones *ex post*» o primas, en las que el motivo de la entrega dineraria se halla en la constatación por la Administración concedente de una determinada situación o hecho producido. El elemento de la afectación es, por tanto, el criterio básico que permite distinguir entre ambas figuras⁵² o, como lo expresa PASCUAL GARCÍA, lo «relevante es determinar si el beneficiario queda necesariamente obligado a desarrollar una determinada conducta»⁵³.

Entre las conocidas como subvenciones *ex post* o primas se situarían múltiples supuestos de premios que, como se ha mencionado anteriormente, conceden las universidades al estudiantado o a su personal. En estos casos el otorgamiento se produce tras comprobar que la persona beneficiaria reúne los requisitos para ello. Como ejemplo tomaremos los premios Tu TesiX en 3 Minutos, del Plan de Divulgación Científica de la UHU, los Premios a la Trayectoria en Transferencia del Conocimiento del X Plan Propio Galileo de la UCO o el Premio UNIA-Digital a la Investigación. Todas estas convocatorias parecen encontrar su razón de ser en una situación cierta y determinada, en un hecho ya producido: en el primer caso, se otorga un premio a un vídeo ya realizado con el objetivo de «estimular la divulgación científica»; en el segundo, se reconoce con un premio la trayectoria en transferencia de conocimiento del profesorado; y, en el tercero, se concede un reconocimiento y una

⁵² Autores como BUENO ARMILLO, A. (2011: 77-79) proponen otros elementos adicionales de distinción, como la existencia de dos actos administrativos en la subvención (resolución de concesión y declaración del derecho de pago) y de uno solo en la prima, la inexistencia de la obligación de justificación en la prima (artículo 30.7 LGS) y la dificultad de sostener la procedencia del reintegro en el caso de las primas.

⁵³ PASCUAL GARCÍA, J. (2016: 47). Este autor se muestra contrario a considerar que la afectación recae sobre los fondos objeto de la subvención, afirmando: «quien queda obligado, vinculado, al cumplimiento de un objetivo es el receptor, pero ello no supone que los fondos estén «afectados», como si sobre los mismos pesara una traba o embargo».

cantidad monetaria a la investigación derivada de Tesis Doctorales en el campo de la transformación digital de la sociedad.

Por contra, en la convocatoria de Premios del Consejo Social al talento del estudiantado de la UGR para iniciación a la investigación, si bien se trata de premiar el talento del alumnado que ha cursado brillantemente los estudios de Máster, se introduce un futurible que no se corresponde con lo que se describe como prima, al requerir al «premiado» que, tras su selección, formalice la matrícula para estudios de Doctorado. Se trataría, pues, no de un premio, sino de una beca para incentivar el inicio de la actividad investigadora, esto es, una subvención en sentido estricto que se otorga para la realización de una actuación futura y continuada, aunque sin un resultado determinado y esperable de dicha actividad⁵⁴.

2. La definición del objetivo y la distinción entre subvenciones de actividad y subvenciones de resultado

A priori podría parecer obvio que convendrá a la Administración fijar y definir claramente cuál sea la obligación principal de la persona beneficiaria de la subvención, esto es, el objetivo, la actividad o el proyecto a realizar y que justifican la aplicación de los fondos públicos recibidos, pues con ello se evitaría todo rastro de liberalidad en la actuación administrativa, así como un eventual enriquecimiento por parte de los beneficiarios sin una causa justificada⁵⁵. Esto es, la actividad u objetivo que se ha de desarrollar debería aparecer con la máxima concreción en la norma (bases reguladoras) y en el acto administrativo (convocatoria) que establecen la subvención o, en última instancia, en el instrumento (acto o convenio) de concesión.

Sin embargo, las Administraciones públicas en general y las universidades públicas andaluzas en particular no siempre definen de forma adecuada o completa cuál es el objetivo de obligado cumplimiento que deberá acometer la persona beneficiaria de la subvención, encontrándose en ocasiones que el objetivo o actividad que se deben realizar no aparecen entre las disposiciones relativas a las obligaciones de las personas beneficiarias, o bien que falta por completo la identificación del objeto de la convocatoria. Una situación así se produce en el Programa de *Mentoring* de excelencia para el desarrollo del talento STEM femenino de la UCO en colaboración

⁵⁴ Las cuatro convocatorias mencionadas han sido publicadas en la BNDS por las correspondientes universidades convocantes con los códigos 814207, 790315, 758795 y 772241, respectivamente.

⁵⁵ TENA PIAZUELO, V., en LÓPEZ RAMÓN, F. (2005: 110), explica la existencia del reintegro precisamente por el hecho de que no debe producirse ese enriquecimiento sin causa: «no cabe duda de que el sentido de la regulación del reintegro se explica de manera llana por un principio general del derecho, como es la prohibición del enriquecimiento injusto o sin causa. Tal carácter tiene, en efecto, la integración en el patrimonio del beneficiario de la aportación dineraria a fondo perdido (no devolutiva) en que consiste la subvención».

con la Real Academia de Ingeniería, que tiene por objeto seleccionar alumnas de los últimos cursos de grado o máster en estudios STEM (*Science, Technology, Engineering & Mathematics*) para participar como *mentees*, con el fin de fomentar vocaciones femeninas en carreras STEM⁵⁶. La vaguedad en la identificación de la tarea objeto de subvención, que por otro lado se tendría que llevar a cabo fuera del ámbito universitario, trata de paliarse introduciendo, entre las obligaciones de las beneficiarias, que participen en dos actividades de divulgación científica o de promoción de las titulaciones STEM organizadas por la Universidad de Córdoba.

De hecho, se producen con bastante frecuencia supuestos como el descrito, en los que la actividad subvencionada no es concreta ni puntual, sino que exige el desarrollo de una actividad o proyecto poco determinado que se deberá realizar en un periodo de tiempo. Dado que el artículo 2.1.b) LGS presenta diversas maneras de dar cumplimiento al objetivo de la subvención (mediante la «ejecución de un proyecto», la «realización de una actividad» o la «adopción de un comportamiento singular», junto con la ya vista «conurrencia de una situación» característica de las primas), quedan englobadas tanto actividades o situaciones concretas y puntuales como actividades o proyectos que requieran un más amplio y prolongado desarrollo. Esta cuestión nos conduce a los distintos grados de afectación a los que se refiere FERNÁNDEZ FARRERES, según la distinción formulada por la doctrina italiana entre «subvenciones de actividad» (*di indirizzo*) y «subvenciones de resultado» (*di incoraggiamento*)⁵⁷. Si bien en ambas existe afectación, el impacto en el desarrollo de la actividad por parte del beneficiario es diferente, puesto que las subvenciones de resultado buscan cumplir un objetivo específico en un momento determinado, en tanto que las subvenciones de funcionamiento apoyan actividades continuadas a lo largo de un periodo.

En el ámbito universitario encontramos numerosas subvenciones concedidas a una actividad o proyecto concretos y completos, como sería, por ejemplo, la compra de un ordenador, justificable mediante la presentación de la correspondiente factura. Y también se encuentran frecuentes casos de subvenciones de actividades continuadas, como las becas para la acreditación del requisito lingüístico para el Grado, que financian la realización de cursos de idiomas⁵⁸, o las ayudas destinadas a promover la formación básica en investigación de los estudiantes, como las denominadas «becas

⁵⁶ BOUCO núm. 2023/00109 de 01/02/2023.

⁵⁷ Como evidencia FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2005: 35-36), «distintos pueden ser los grados de afectación, lo que se proyecta en las cargas que asumirá el beneficiario. De ahí la distinción elaborada en la doctrina italiana entre «subvenciones de actividad» y «subvenciones de resultado». En ambos casos hay afectación, pero las consecuencias para el desarrollo de la actividad del beneficiario no son las mismas».

⁵⁸ Convocatoria de Ayudas al Alumnado de la Universidad de Cádiz para la Adquisición y Acreditación de Competencias Lingüísticas en Lenguas Extranjeras, curso 2023-24, publicada en BDNS con código 758593.

semillero» del Plan Propio de Investigación de la UCO⁵⁹. En el primer caso, las ayudas tienen como objetivo el estudio de un idioma para alcanzar un nivel mínimo de B1, siendo importante tanto la actividad como el resultado. En el segundo caso, las ayudas están afectas a la realización de tareas investigadoras por parte del beneficiario, quien deberá incorporarse de inmediato a una de las líneas de investigación del grupo en el que se integra y desarrollar eficazmente el plan de trabajo presentado junto con su solicitud. A pesar de que la persona beneficiaria esté obligada a presentar un informe final, o a exponer los resultados de sus investigaciones, estas no dejan de ser sino obligaciones formales y complementarias del objetivo principal de la subvención, que es desarrollar tareas de investigación a lo largo del periodo becado. No se pretende alcanzar un resultado final (por ejemplo, una publicación científica, un póster o una comunicación en un Congreso, etc.), sino que lo que se busca es un comportamiento (la iniciación a la investigación).

La diferencia entre ambos tipos de subvenciones, de resultado y de funcionamiento, tendrá una doble consecuencia. Por un lado, en la forma de justificación, que resultará más fácil cuanto más cierto sea el objeto de subvención. Por otro, en cuanto a la posibilidad de garantizar que no se produce un enriquecimiento indebido del beneficiario derivado del otorgamiento de la subvención, de acuerdo con el llamado «principio de no rentabilidad» establecido en el artículo art. 19.3 LGS, que prohíbe que la subvención, por sí misma o en concurrencia con otras ayudas, supere el importe de la actividad. En el caso de un comportamiento subvencionado que requiere un desarrollo en el tiempo, como es el caso de la mencionada investigación científica de las «becas semillero» o los trabajos de fin de grado o máster, ¿cómo podría justificarse sino por un resultado final, como un artículo publicado, la obtención de una acreditación de idioma, o la defensa del TFG o TFM? Y, siendo dicha actividad continuada difícil de cuantificar económicamente, ¿cómo valorar si el importe de la subvención concedida supera en este caso el coste de la actividad subvencionada? El primer problema suele resolverse en este tipo de convocatorias imponiendo a los beneficiarios obligaciones tales como presentar un informe final o un resumen del TFG o TFM o exponer los resultados de las investigaciones, del TFM o del TFG en seminarios. En cuanto a la segunda cuestión, en cambio, no es posible dar una respuesta clara, pues no parece posible cuantificar en dinero cuánto cuesta iniciarse en la investigación o incluso realizar un TFG.

⁵⁹ Reglamento 7/2024 sobre las Bases Regulatorias para concesión de becas Semillero de Investigación del Plan Propio de Investigación de la UCO (BOUCO núm. 2024/00264 de 26/02/2024).

3. Las consecuencias del incumplimiento de la actividad a la que se encuentran afectos los fondos

La subvención en sentido estricto ha de tener, como hemos visto, un objetivo (más o menos específico y determinado) al cual deben destinarse los fondos que la Administración entrega al beneficiario. Ese es, sin duda, el sentido de la afectación. La persona beneficiaria adquiere el compromiso de cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que constituye su afectación, siendo esta la primera de sus obligaciones conforme al artículo 14.1.a) LGS.

La consecuencia directa y natural de no llevar a cabo el objetivo fijado, de acuerdo con las condiciones, plazos y requisitos establecidos en el momento de su concesión, sería lo que REBOLLO PUIG denomina el «reintegro propiamente dicho», ya que la subvención precisamente se concede para que se emprenda cierta actuación y «todas las cantidades percibidas en ese concepto deben aplicarse a esa actividad de modo que si, por la razón que sea, no llega a realizarse, se pierde el derecho a ella. La subvención queda sin la causa que la justificaba»⁶⁰.

Efectivamente, el artículo 37.1, apartado b), de la LGS establece que procederá el reintegro de las cantidades percibidas como consecuencia del incumplimiento «total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención». Tan relevante resulta la actividad u objetivo que fundamenta el otorgamiento de la subvención que, por un lado, justifica la relación que se establece entre la Administración y la persona beneficiaria y, por otro, podría conducir al reintegro de las cantidades que inicialmente fueron entregadas a fondo perdido, precisamente porque el incumplimiento de aquello que se estableció como una carga para el beneficiario es causa de resolución de aquella relación establecida⁶¹.

Esta idea es más que evidente cuando hablamos de subvenciones de resultado. Por ejemplo, la inobservancia del mínimo de días exigidos para completar una estancia de movilidad Erasmus con fines de docencia, o la falta misma de realización de la actividad docente que constituye el objetivo principal de esta subvención, apuntarían

⁶⁰ REBOLLO PUIG, M. en FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2005: 428).

⁶¹ Así, TENA PLAZUELO, V., en LÓPEZ RAMÓN, F. (2005: 120), habla indistintamente de carga y de condición resolutoria al referirse a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones del beneficiario: «el concepto técnico-jurídico de subvención, transformado hoy en día en concepto legal por su incorporación al artículo 2 de la Ley General de Subvenciones, nos habla de atribución dineraria directa que se otorga para fomentar una actividad de utilidad pública o de interés social a fondo perdido, es decir, con carácter no devolutivo, y que se encuentra sometida a la carga o condición resolutoria, esto es, a la precisa realización de la actividad, suficientemente acreditada, convenientemente verificada y controlada, pues de contrario procede su reintegro. (...) Lo que hay que destacar, en suma, es el carácter finalista y condicionado de la subvención, que da sentido a la relación entablada entre la Administración y el beneficiario».

a un incumplimiento susceptible de reintegro, sea total o parcial, de la subvención percibida por el docente⁶².

No ocurre así cuando nos fijamos en subvenciones de actividad, como son algunas de las ayudas sociales de las universidades. Por ejemplo, las Ayudas para el estudiantado en riesgo de exclusión social de la UCO están dirigidas a cubrir los gastos de matrícula, manutención, alojamiento o transporte de estudiantes cuya situación de dificultad socioeconómica extrema pueda interferir en el inicio o continuidad de sus estudios, y las Ayudas sociales a estudiantes de la UPO se destinan a hacer frente al pago de sus matrículas o gastos de manutención durante sus estudios⁶³. La carencia en estos casos de una acción precisa y acabada (pues en tales convocatorias no se requiere del alumnado beneficiario que demuestre el aprovechamiento o la finalización de sus estudios) no supone que falte el requerido elemento de la afectación, sino simplemente que no se exige un resultado tras el desarrollo de la actividad subvencionada. El resultado es que la causa de reintegro por incumplimiento de la finalidad [37.1.b) LGS] no sería aquí fácilmente aplicable. Como mucho, sí sería exigible el reintegro por incumplimiento de las obligaciones secundarias impuestas por la Administración a los beneficiarios y de los compromisos asumidos por estos [37.1.f) LGS], como las obligaciones de justificación (de gastos de matrícula, manutención, alojamiento o transporte) o algunas obligaciones formales como «someterse a las actuaciones de comprobación precisas para verificar, en su caso, el cumplimiento y efectividad de las condiciones determinantes de la concesión de la ayuda».

VII. LA ENTREGA DINERARIA DEBE SATISFACER UN INTERÉS GENERAL

El último requisito para que la concesión de un beneficio o ventaja por parte de la Administración pública se considere una subvención en el sentido del artículo 2 LGS es que la situación o actividad que fundamenta su concesión, ya realizadas o

⁶² Nos referimos en esta ocasión a la Convocatoria de Ayudas Erasmus+ para docencia (STA) a terceros países no asociados al Programa (KA171). Proyecto 2023, publicada en BOUCO núm. 2024/00564 de 11/04/2024, que establece la obligación de impartir un mínimo de ocho horas de docencia, durante los cinco días requeridos de estancia en la universidad extranjera, así como «participar en al menos una reunión con alumnado y/o personal de la universidad de destino, con la finalidad de difundir los estudios de la Universidad de Córdoba» y acreditarla de forma gráfica.

⁶³ La primera, publicada en BOUCO núm. 2023/01130 de 29/11/2023 para el curso 2023/2024. La segunda, disponible en [https://www.upo.es/system/modules/com.saga.upo.sedelectronica.frontend/handler/download-alfresco-document.pdf?ref=fb2e79a5-d7f9-435c-8bed-534854aa1a78](https://www.upo.es/system/modules/com.saga.upo.sedeelectronica.frontend/handler/download-alfresco-document.pdf?ref=fb2e79a5-d7f9-435c-8bed-534854aa1a78) (última fecha de consulta: 26/03/2025).

pendientes de realizar por parte de la persona beneficiaria de la subvención, satisfagan un interés social o tengan una finalidad pública⁶⁴.

Por tanto, la gratuidad de la subvención a la que nos referimos anteriormente no podrá ser sinónimo de liberalidad en la actuación de la institución concedente, sino que deberá responder a un interés legítimo de la Administración⁶⁵. Este espíritu es el que intenta recoger el requisito del artículo 2.1, apartado c) LGS cuando exige como requisito de la subvención que esta fomente una finalidad pública o interés social.

Efectivamente, la Exposición de Motivos §.1 de la LGS coloca a la subvención entre las técnicas de fomento de «determinados comportamientos considerados de interés general e incluso un procedimiento de colaboración entre la Administración pública y los particulares para la gestión de actividades de interés público». Y es numerosa la jurisprudencia que, en el mismo sentido, considera la subvención como una técnica de fomento que tiene por fin promover la actividad de particulares u otras Administraciones Públicas hacia los fines de interés general que la institución concedente representa⁶⁶. La subvención se erige, por tanto, como un instrumento de política pública que se dirige a estimular, mediante incentivos económicos, conductas que favorecen al interés general.

Por otro lado, la causa del desplazamiento patrimonial no deberá ser el mero enriquecimiento del beneficiario, es decir, la subvención no deberá responder a una

⁶⁴ FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2005: 36), destaca la falta de precisión del legislador en el párrafo c) del artículo 2.1 LGS: «La referida previsión no es del todo exacta, pues la actividad que desarrolla el beneficiario no tiene por qué tener por objeto «fomentar» el desarrollo de una actividad de interés público. Lo que quiere decirse, obviamente, es que la entrega dineraria se justifica porque con ello se fomenta una actividad que, sin dejar de ser propia del beneficiario y, por tanto, si este es un particular, una actividad privada, es a la vez una actividad de interés público o en la que, en todo caso, media un interés público en que sea llevada a cabo».

⁶⁵ Como indica la STS 733/2021, de 25 de mayo de 2021 (ponente: PERELLÓ DOMENECH): «El concepto mismo de la subvención es incompatible con la atribución libérrima de fondos públicos. En ningún caso puede concebirse la subvención como desplazamiento patrimonial sin causa o con fundamento en la mera liberalidad de la entidad concedente».

⁶⁶ La STS 1335/2021, de 16 de noviembre de 2021 (ponente: CÓRDOBA CASTROVERDE) afirma en este sentido que «la subvención comporta una atribución dineraria al beneficiario a cambio de adecuar su actuación a los fines perseguidos con la indicada medida de fomento y que sirven de base para su otorgamiento. La subvención no responde a una *causa donandi*, sino a la finalidad de intervenir la Administración, a través de unos condicionamientos o de un *modus*, libremente aceptado por el beneficiario en la actuación de éste». También la STS 733/2021, de 25 de mayo de 2021 (ponente: PERELLÓ DOMENECH), mencionada anteriormente, dice al respecto: «El instituto jurídico subvencional se inscribe en la actividad de fomento de la Administración, y tiene como fin impulsar u orientar comportamientos para la consecución de objetivos dignos de protección y estímulo, siempre sobre la inexcusable premisa que obliga a la Administración a servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE) y a satisfacer las necesidades públicas».

causa donandi, a un acto de pura liberalidad que conduzca a un lucro indebido de los beneficiarios⁶⁷. No hay duda de que su finalidad deberá ser la satisfacción de un interés general, a pesar de que el apartado c) del artículo 2.1 de la LGS no resulta especialmente acertado en su redacción. Así, la Administración utiliza el instrumento primordial de la actividad de fomento, la subvención, para dar debido cumplimiento a los intereses públicos cuya promoción y salvaguardia tiene encomendadas.

En tal sentido, habría que entender que las universidades públicas deberían circunscribir su actividad subvencional a la esfera del interés público del que se ocupan, esto es, lo relativo a la prestación del servicio público de la educación superior, aun cuando sea dentro de la amplia gama de funciones que tienen encomendadas por la LOSU⁶⁸. Sin embargo, la realidad que encontramos entre las ayudas establecidas y otorgadas por las universidades públicas andaluzas, así como las finalidades que persiguen, resultan tan diversas como amplia la relación de funciones que competen a las universidades, apuntando incluso más allá, hacia la satisfacción de intereses ajenos al ámbito de la educación superior.

Sin ánimo de menoscabar lo encomiable de su finalidad, tomaremos como ejemplo de lo anterior las Ayudas para favorecer la incorporación y promoción académica del alumnado del Barrio de las Palmeras que oferta anualmente la UCO⁶⁹. Esta convocatoria se dirige a conceder prestaciones económicas para cubrir las necesidades básicas de las familias de dicha barriada, con el fin de facilitar el acceso de estudiantes de Educación Secundaria a titulaciones oficiales de Grado impartidas por la Universidad de Córdoba, «con una razonable probabilidad de éxito». Es decir, se trata de ayudas concedidas para el estudio de enseñanzas medias, no de enseñanzas superiores, a las que únicamente se aspira a llegar. *A priori*, el establecimiento de estas

⁶⁷ Salvo ciertas subvenciones, como hace notar BUENO ARMILLO, A. (2011: 54-55), entre las cuales se encuentran las ayudas sociales concedidas a quienes se encuentran en una determinada situación, que «pretenden precisamente el enriquecimiento del beneficiario», pues «precisamente a través del enriquecimiento del beneficiario, se satisface un interés general, que sería la verdadera finalidad perseguida por las normas reguladoras de tales subvenciones».

⁶⁸ El artículo 2 LOSU ofrece una amplia enumeración de las funciones que corresponden a las universidades: la educación y formación del estudiantado; la preparación para el ejercicio de actividades profesionales; la generación, desarrollo, difusión, transferencia e intercambio del conocimiento; la promoción de la innovación a partir del conocimiento; la contribución al bienestar social, al progreso económico y a la cohesión de la sociedad; la generación de espacios de creación y difusión de pensamiento crítico; la transferencia e intercambio del conocimiento y de la cultura; la formación de la ciudadanía a través de la transmisión de los valores y principios democráticos; o el fomento de la participación de la comunidad universitaria en actividades de voluntariado.

⁶⁹ Entre ellas, véanse la convocatoria 2022 publicada en BOUCO núm. 2022/00797 de 27/07/2022, y la convocatoria 2023 en BOUCO núm. 2023/00804 de 25/07/2023, y, en el año 2024, el Reglamento 28/2024 por el que se aprueban las Bases Reguladoras del Proyecto Las Palmeras de la Universidad de Córdoba, aprobado por el Consejo de Gobierno de fecha de 25 de julio 2024 y la convocatoria en BOUCO núm. 2024/01103 de 30/07/2024.

ayudas no parece responder plenamente a la parcela de interés público por el que la institución universitaria debería velar, a pesar de que se trata de justificar como sigue: «La Universidad de Córdoba, en el ámbito de la responsabilidad social que como Administración pública tiene encomendada, asume entre sus objetivos prioritarios la puesta en marcha de procesos formativos que superen las circunstancias de riesgo y vulnerabilidad social que sufren algunas personas y que suponen un serio obstáculo para su acceso a la institución de Educación Superior». Los destinatarios de las ayudas, ajenos a la comunidad universitaria, y la falta de un objetivo determinado, vinculado a los fines propios de la institución (ya que la obligación principal exige al alumno superar el 80% de las asignaturas que cursa en Secundaria), dificultan que pueda entenderse cumplido el requisito del art. 2.1.c) LGS.

En principio, no resulta relevante para el concepto de subvención el interés general en concreto que se persiga⁷⁰. Pero el uso del presupuesto institucional debe guiarse por los principios de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos también a la hora de crear nuevas subvenciones. En este sentido, las universidades públicas, como cualquier otra Administración pública, deben centrar su actividad subvencional en las funciones que tienen encomendadas. Para garantizar este enfoque, las decisiones administrativas de las universidades públicas que establezcan las bases y la convocatoria de las subvenciones deben determinar de manera fundada las razones de utilidad pública e interés social a las que la institución quiere responder mediante el establecimiento de una subvención, asegurando así que la concesión de fondos públicos se ajuste a la satisfacción de los intereses generales que estas singulares Administraciones públicas tienen encomendados.

VIII. CONCLUSIONES

Entre las entidades del sector público, las universidades públicas se encuentran entre aquellas que tienen un contacto más intenso con la figura jurídica de la subvención, en particular cuando actúan como entidades que establecen y otorgan subvenciones con el propósito de impulsar la realización de actividades y proyectos relacionados con sus competencias.

Sin embargo, la revisión sistemática de las bases reguladoras y las convocatorias publicadas en las universidades públicas andaluzas, tomando en consideración los requisitos del artículo 2 LGS, obliga a excluir del concepto legal de subvención muchas de las ayudas otorgadas por aquellas por distintas razones: bien porque se realicen por quienes no tienen la consideración de Administración pública (o, más

⁷⁰ Afirmación que procede de BUENO ARMIJO, A. (2011: 88), siguiendo a FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «da igual que se pretendan alcanzar objetivos económicos, culturales, sociales, etc. Nada de ello influirá en la institución».

sencillamente, de persona jurídica pública); bien porque consistan en prestaciones que no impliquen el desembolso de una suma de dinero; bien porque pese sobre la persona beneficiaria la obligación de una contraprestación directa a favor de la institución concedente; bien porque la entrega dineraria no se encuentre sujeta al cumplimiento de un proyecto, actividad o comportamiento determinado; o bien porque no se dirijan a promover fines de interés público en el ámbito de las funciones de la universidad.

La plena asimilación de esta realidad en las universidades públicas andaluzas permitiría depurar el régimen jurídico que aplican a tales ayudas, reservando la aplicación íntegra de la LGS a aquellas medidas que realmente encajen en el concepto legal de subvención y evitando la remisión a esta en los restantes supuestos. Esto conferiría una mayor coherencia a la profusa actividad de fomento que realizan las universidades públicas andaluzas y ayudaría, en última instancia, a que estas alcancen su fin: la satisfacción del interés general a través de la prestación del servicio público de educación superior mediante la docencia, la investigación y la transferencia del conocimiento.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., «La Galaxia subjetiva: Los «poderes adjudicadores» de subvenciones del sector público y las entidades colaboradoras», en GAMERO CASADO, E. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (coord.), *20 años de la Ley General de Subvenciones, Actas del XVII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Sevilla, 2023, pp. 55-80.

AMOEDO SOUTO, C. A., «El impacto de las Leyes 39 y 40/2015 en las universidades públicas: contenido, hipótesis y retos de futuro», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, 2017, pp. 283-312.

BUENO ARMIJO, A., *El reintegro de subvenciones de la Unión Europea: especial referencia a las ayudas de la política agraria común*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2011.

BUENO ARMIJO, A., *El concepto de subvención en el ordenamiento jurídico español*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

BUENO ARMIJO, A., «La concesión directa de subvenciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 204, 2017, pp. 269-312.

BUENO ARMIJO, A., «La actividad administrativa de fomento» en REBOLLO PUIG, M., VERA JURADO, D. J. (Dir.), *Derecho Administrativo. Tomo III. Modos y medio de la actividad administrativa*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 93-126.

COLLADO BENEYTO, P. J., *Comentario a la Ley General de Subvenciones y a su Reglamento (Incidencia en la Generalitat Valenciana)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., «El concepto de subvención y los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la Ley» en FERNÁNDEZ FARRERES, G. (coord.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2005, pp. 29-63.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Aspectos fundamentales de la Ley General de Subvenciones y su incidencia en la Universidad Pública» en ARIAS RODRÍGUEZ, A. (coord.) *Gestión y fiscalización de la investigación: en el ámbito universitario*, Ed. Universidad de Oviedo, 2006, pp. 29-50.

LACRUZ MANTECÓN, J., «La articulación competencial del régimen de las subvenciones en la Ley General de Subvenciones», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 41-63.

LLADÓ MARTÍNEZ, A., «Las leyes 39 y 40 de 2015 y las universidades públicas: su exclusión de la esfera de la Administración pública y consecuencias derivadas», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 53, 2017, pp. 359-391.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., en «Los beneficiarios de subvenciones», FERNÁNDEZ FARRERES, G. (coord.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2005, pp. 156-223.

NIEVES BORREGO, J., «Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención», *Revista de Administración Pública*, núm. 42, 1963, pp. 17-120.

PASCUAL GARCÍA, J., *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 6ª edición, 2016.

REBOLLO PUIG, M., «El reintegro de subvenciones», en FERNÁNDEZ FARRERES, G. (coord.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2005, pp. 407-527.

RIVERO ORTEGA, R., «La aplicación de las Leyes 39 y 40/2015 a las universidades públicas: eliminando interrogantes», *Revista de Administración Pública*, núm. 201, 2016, pp. 232-254.

TENA PIAZUELO, V., «El Reintegro de Subvenciones», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 105-130.

TOSCANO GIL, F., «Los tipos de ayudas públicas a los 20 años de la Ley General de Subvenciones», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 65, 2024.

VILLAR PALASÍ, J. L., «Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político», *Revista de Administración Pública*, núm. 14, 1954, pp. 11-122.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

12 criterios jurisprudenciales para la determinación del daño moral causado por la Administración pública

12 jurisprudential criteria for determining pain and suffering caused by Public Administration

Adriana Antúnez Sánchez

Profesora doctora de Derecho Administrativo

Universidad de Málaga

<https://orcid.org/0009-0009-3335-7325>

RESUMEN: El carácter propiamente subjetivo del daño moral sigue comportando en la actualidad especiales dificultades para su concreción y apreciación por los tribunales. Dada la ausencia de una definición legal, el Tribunal Supremo ha adoptado en los últimos años un papel protagonista en la delimitación conceptual de este tipo de daño. La jurisprudencia, sin embargo, ha evidenciado la existencia de ciertas circunstancias que, por sus propias implicaciones y características, suelen comportar su reconocimiento en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. A partir de un estudio pormenorizado de la jurisprudencia reiterada de la jurisdicción contencioso-administrativa, se pretende determinar los acontecimientos que fundamentan el reconocimiento de un daño moral y que son susceptibles de ser clasificados en función de los elementos que lo configuran.

ABSTRACT: The inherently subjective nature of pain and suffering continues to pose significant challenges for its concretization and assessment by the courts. In the absence of a legal definition, the Supreme Court has, in recent years, taken a leading role in the conceptual delineation of this type of damage. Jurisprudence, however, has highlighted the existence of certain circumstances that, due to their inherent implications and characteristics, are typically recognized within the scope of public administration's patrimonial liability. Based on a detailed analysis of the consistent jurisprudence of contentious-administrative jurisdiction, this study seeks to identify the events that underlie the recognition of moral damage and that can be categorized according to the elements defining it.

Recibido: 09-03-2025

Aceptado: 22-05-2025

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad patrimonial de la Administración pública, daño moral, concepto, jurisprudencia.

KEYWORDS: Liability of the Public Administration, pain and suffering, concept, jurisprudence.

SUMARIO: I. LA PROBLEMÁTICA DEL DAÑO MORAL Y SU TRATAMIENTO POR LA JURISPRUDENCIA II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE DAÑO MORAL III. ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DAÑO MORAL IV. DAÑOS CONTINUADOS. DISTINCIÓN ENTRE SECUELAS PSICOLÓGICAS Y DAÑOS MORALES. V. CLASIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS DAÑOS MORALES OCASIONADOS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA **1. Daños morales derivados del fallecimiento de un familiar 2. Daños morales derivados de lesiones físicas 3. Daños morales derivados de la privación de libertad 4. Daños morales derivados de la privación de la compañía de los hijos 5. Daños morales derivados de dilaciones indebidas 6. Daños morales como consecuencia de la vulneración del derecho al honor y descrédito profesional 7. Daños derivados de la vulneración del derecho a la igualdad de trato y no discriminación 8. Daños morales por la falta o déficit de consentimiento informado 9. Daños derivados del funcionamiento de un servicio público 10. Daños derivados de la pérdida de oportunidad 11. Daños derivados de la vulneración del derecho a la protección de datos personales 12. Daños derivados de la pérdida de la calidad de vida** VI. BIBLIOGRAFÍA

I. LA PROBLEMÁTICA DEL DAÑO MORAL Y SU TRATAMIENTO POR LA JURISPRUDENCIA

La conceptualización del daño moral ha sido objeto de numerosas controversias doctrinales y jurisprudenciales a lo largo del tiempo. La problemática que presenta su definición, los límites a los que se encuentra sometido, así como las particularidades existentes en torno a su evaluación económica, han ocasionado que esta tipología de daño fuera ignorada como objeto de responsabilidad patrimonial en sus inicios¹. El giro jurisprudencial adoptado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo

¹ Así se deduce de las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1972; de 17 de enero de 1975 y de 5 de febrero de 1980.

con la Sentencia de 12 de marzo de 1975² conllevó su reconocimiento dentro de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, configurándose como una garantía para obtener la misma protección jurisdiccional que ya se encontraba reconocida a los daños físicos y patrimoniales³.

A pesar de que son pocas las esferas del derecho en las que la doctrina alcanza la unanimidad, la excepción es clara en lo referido a la delimitación conceptual del daño moral. Esta avenencia no consiste en una puesta en común de opiniones que lleven a una definición positiva, sino que reside más bien en la imposibilidad de definir qué es el daño moral de manera universal, ocasionando que el denominado *pretium doloris* sea un concepto de claro desarrollo jurisprudencial y doctrinal.

La concreción de su significado ha tenido que lidiar con la problemática que lleva aparejada la naturaleza de un daño que carece de connotaciones patrimoniales, lo que provoca que la dificultad que presenta el daño moral resida, en primer lugar, en la cuantificación económica del mismo, ya que no hay un mercado para los correspondientes bienes dañados que permita asignarles un precio⁴. Dicha naturaleza ha llevado a la jurisprudencia a no admitir una definición económica del daño moral. No obstante, su cuantificación debe ser determinada valorándose el caso concreto y atendiendo a criterios de prudencia, proporcionalidad y equidad⁵. En palabras del Tribunal Supremo, la propia naturaleza del daño moral justifica que su determinación carezca de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable y proporcionada, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo⁶.

El segundo gran problema que presenta el daño moral es la imposibilidad de reparar integralmente el daño, ya que, debido a sus propias connotaciones, la indemnización por daño moral siempre será inferior a la magnitud del perjuicio ocasionado. La idiosincrasia del daño moral hace imposible que pueda pretenderse una satisfacción completa por los perjuicios morales sufridos, sino que deberá proporcionarse

² Esta sentencia aborda el conocido caso de «dos novios de Granada» en el que el Tribunal Supremo consideró imputable a la Administración el daño ocasionado por un enfermo mental ingresado en un Hospital al arrojarlo por una ventana y caer sobre una pareja, por considerar que el interno «no constituía un agente extraño al funcionamiento del centro sino un usuario interno que como tal se integraba en su organización y disciplina».

³ Ello es reiterado de nuevo por la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1980 al disponer que la exclusión de los daños morales del ámbito procedimental y procesal del derecho administrativo, cuando su resarcimiento se reclama, desnaturalizaría la exigencia de indemnizar todos los daños producidos por la Administración que ocasionen una lesión antijurídica al perjudicado.

⁴ LINDENBERGH, S. y VAN KIPPERSLUIS, P. M., (2009: 215).

⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 21 de mayo de 2020.

⁶ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de abril de 1984; de 28 de febrero de 1995 y de 26 de abril de 1997.

a la víctima una reparación razonable adecuada al daño moral sufrido, lo que ha dado lugar a afirmar que la indemnización por daño moral no busca la reparación, sino la compensación⁷. Las características que integran este perjuicio moral hacen que «ni el dinero ni otros bienes intercambiables puedan neutralizar la pérdida de utilidad que tales daños encierran»⁸. Sin embargo, el principio de reparación integral se pondrá de manifiesto por los tribunales a la hora de determinar la indemnización en tanto en cuanto se entienda ésta como una compensación por el daño causado injusta o antijurídicamente. Cuando un tribunal estima que la resolución recurrida no ha respetado el principio de reparación integral, no se refiere más que a la insuficiencia de la indemnización en relación con el daño causado. A pesar de ello, no quedan claramente establecidos por la jurisprudencia los criterios para considerar una indemnización por daño moral como insuficiente⁹.

Todo lo anterior exige plantearse varias cuestiones. La primera de ellas es si precisamente la Administración deberá responder de los daños producidos hasta la consecución de la reparación integral o restitución de la realidad alterada; la segunda es si, desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica, resulta coherente que el tribunal determine el quantum indemnizatorio sin más restricción que el «prudente arbitrio judicial».

En este sentido y a mero título de ejemplo, resulta ilustrativa la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Las Palmas de 30 de marzo de 2009, en la que se dirimió un error cometido en un hospital público de Canarias en el momento del nacimiento de dos hermanas gemelas, consistente en un intercambio de la pulsera de identificación de una de las hermanas con otro bebé, provocando que una gemela tuviera por hermana a quien no le correspondía y que la auténtica gemela llevase una vida separada con otra familia. En la mencionada sentencia se condena al Servicio Canario de Salud a indemnizar en concepto de daño moral con 180.000 euros a la madre biológica, así como a cada una de las consideradas erróneamente hermanas por los daños morales causados y 360.000 euros a la gemela separada de su familia biológica, formando un total de 900.000 euros.

Puede resultar razonable que, ante la privación del afecto familiar o de lo que puede ser considerado una parte de la vida, la cuantía de la indemnización sea notoriamente alta con el objetivo de compensar ese daño, ya que se trata de un evento dañoso imposible de reparar y cuyo impacto negativo en la esfera personal de la víctima resulta indudable desde un punto de vista sociológico. Estableciendo como premisa que la indemnización tiene un alto componente subjetivo, cabe cuestionarse

⁷ ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHE, M., (2011: 198).

⁸ DOMENECH PASCUAL, G., (2023: 573).

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 enero de 2003.

si consta de alguna limitación, si la reparación integral exige que la Administración esté obligada a reparar los daños causados sin ninguna limitación económica. Si bien es la misma jurisprudencia la que establece los límites de la prudencia y de la equidad en la fijación de la cuantía indemnizatoria¹⁰ no debemos obviar que, al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados, no se delimita con precisión en qué situaciones la decisión judicial es coherente con estos límites.

Tomando como referencia el desarrollo jurisprudencial en materia de indemnización por daño moral, los tribunales han venido concediendo altas indemnizaciones en casos donde el daño sufrido, dentro de los límites que permiten una mínima objetivación del dolor, no era tan grave en comparación con otros donde el tribunal reconoce una menor indemnización¹¹. Si por la vulneración de un derecho a la intimidad se ha determinado que el daño debe ser indemnizado con una suma de 60.000 euros, ¿cómo se deberá indemnizar a aquellos que sufran la pérdida de un ser querido? ¿Y a los que se haya privado durante la infancia del afecto de sus padres biológicos? ¿Y en los casos en los que se sufre una pérdida considerable de la calidad de vida? No existe una respuesta clara. Se constata, por tanto, una necesidad apremiante de cierto consenso jurisprudencial a la hora de determinar los criterios que justifican tanto su existencia como el precio del dolor que causan. Si aceptamos que un mismo acontecimiento puede tener distintos efectos dependiendo de la persona y que el grado de sufrimiento dependerá de múltiples factores como su personalidad, estatus social y nivel de resiliencia ante eventos negativos, el establecimiento de parámetros que residan en la percepción social de la gravedad del daño ocasionado podría servir de guía para evitar la existencia de decisiones judiciales que, en términos comparativos, puedan suponer una vulneración de los límites aceptables de la igualdad y la seguridad jurídica¹².

La disparidad en las sumas indemnizatorias reconocidas por daños morales podría ser, de igual modo, modulada por la fijación de un límite máximo en función de la tipología de daño moral producido. Así, aplicando un criterio lógico, podría concluirse que no existe mayor perjuicio para una persona que la muerte de un ser querido, lo que conllevaría que ninguna indemnización por un perjuicio de menor gravedad que el fallecimiento pueda ser más elevada que la otorgada por el mismo¹³.

¹⁰ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de marzo de 1999 y de 5 de mayo de 2009.

¹¹ El Tribunal Constitucional determinó en el año 2001 que la revelación por la revista *Lecturas* de detalles de la vida doméstica de Isabel Preysler merecían una indemnización de 60.000 euros.

¹² Vid. SANTIAGO IGLESIAS, D., (2021: 68 y ss.).

¹³ Como manifestación del carácter especialmente gravoso que comporta el daño moral causado por el fallecimiento de un ser querido, podemos señalar la presunción *iuris tantum* aplicada por la jurisprudencia consistente en que, producido el fallecimiento, se determina automáticamente la existencia del daño moral sin necesidad de realizar actividad de carácter probatorio alguna. En este sentido, YZQUIERDO

En este sentido, el límite cuantitativo debería ser como mínimo el equivalente al establecido en el baremo oficial por fallecimiento en accidentes de tráfico¹⁴. Dentro de la evaluación del daño moral, es necesario analizar el impacto que tal daño tiene en la vida de la víctima y en la de sus familiares. La muerte impide que la víctima tenga posibilidad alguna de continuar su vida, puesto que significa el fin de ésta. Resulta obvio que el fallecimiento tendrá un impacto mayor en la víctima (que ya no estará) y en sus familiares (impacto emocional por la pérdida de un ser querido) que el daño moral derivado de una lesión temporal o permanente o la vulneración de derechos fundamentales (honor, intimidad y propia imagen). El baremo establece una indemnización por muerte distinta en función del parentesco del fallecido con la víctima del daño moral (cónyuge o pareja de hecho, hermanos, ascendientes, descendientes...). Además, tiene en cuenta otros factores que justifican una indemnización complementaria por daño moral.

Por otro lado, se parte de la presunción de que la concurrencia de determinadas circunstancias personales agravan el daño moral asociado al fallecimiento de un familiar, en tanto conceden una indemnización complementaria a la cuantía básica por daño moral (discapacidad física o psíquica acusada, previa al accidente, de quien sobrevive a la víctima, lo que permite aumentar la indemnización básica hasta en un cincuenta por ciento con carácter general, o hasta en un 100 % si se trata del cónyuge o del hijo menor de edad). El sistema también tiene en cuenta situaciones concretas que pueden dar lugar al aumento del *quantum* indemnizatorio. Así, se valora el número de hijos, estableciendo un aumento de la indemnización en el caso de que el fallecimiento sea del único hijo de los perjudicados o en aquellos casos en los que el accidente acabe con la vida de los dos progenitores. También se compensa con hasta un cien por ciento de la indemnización básica si los fallecidos se tratan de menores de edad.

Al fin y al cabo, en la sentencia antes mencionada dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de las Palmas, se pone de manifiesto que el daño producido carecía de un carácter irreversible, pues las recurrentes no fueron privadas de toda una vida, sino que solo se les privó de poder disfrutar conjuntamente de una parte pues, además, durante ese tiempo tuvieron una vida común y corriente, en condiciones de dignidad y atención por parte de sus respectivas familias. Estas previsiones no persiguen negar la importancia del perjuicio sufrido por las víctimas, sino mostrar la necesidad de que los tribunales alcancen la prudencia en sus resolu-

TOLSADA, M., (2001:386) señala que: «La ley no puede inventar perjudicados, sino establecer una presunción de que cuando una persona muere, determinados parientes sufren su pérdida».

¹⁴ Estos baremos han sufrido distintas actualizaciones, la última de ellas a través de 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.

ciones a través de unos límites o parámetros consensuados de manera generalizada. De esta forma, los pronunciamientos judiciales tendrían más legitimidad ya que se ajustarían a la realidad del daño producido a la hora de determinar la indemnización. Al mismo tiempo, también supondría una garantía de que las arcas estatales no se encuentren obligadas a hacer frente a una suma millonaria en base al criterio puramente discrecional de la autoridad judicial.

II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE DAÑO MORAL

Actualmente la jurisprudencia define el concepto de daño moral como toda manifestación psicológica, afectiva, emocional o íntima que sufre la persona perjudicada y que no son constatables, de forma directa, en la esfera económica del perjudicado¹⁵. De esta forma, el daño moral está constituido por un deterioro de los elementos psíquicos y espirituales que inciden en el normal desarrollo cognitivo o emotivo del ser humano, extendiéndose a todo agravio que supone una intromisión en derechos fundamentales de la persona, como la dignidad, la honorabilidad y la integridad física.

Este tipo de daños causan un deterioro a la persona en su íntegra armonía psíquica, emocional, afectiva o bien en su reputación y en su buena fama, su autoestima o su heteroestima, entendida ésta última como el afecto que otros nos ofrecen y que es percibido por uno mismo¹⁶. De este modo, el daño moral se viene a traducir en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual y los padecimientos provocados a la víctima por el evento dañoso¹⁷. La jurisprudencia ha exigido que el padecimiento psicológico cause sentimientos de impotencia, zozobra, ansiedad, temor, incertidumbre o angustia para poder apreciar su carácter indemnizable¹⁸.

En ocasiones, la jurisprudencia dota al daño moral de un carácter residual, identificándolo como cualquier daño que afecte a un bien o derecho sobre los que no sea posible proceder a su evaluación patrimonial, por consistir en un menoscabo que

¹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de enero de 2019.

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 septiembre de 2019.

¹⁷ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, núm. 15 de Barcelona, de 28 de abril de 2015 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 octubre de 2015.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de mayo de 1995. La Audiencia Provincial de Barcelona define en su Sentencia de 8 de febrero de 2006, el daño moral como «el infligido a las creencias, a los sentimientos, a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica [...]. La zozobra, la inquietud, que perturban a una persona en lo psíquico».

excede del ámbito estrictamente moral que afecta al ámbito psicofísico de la persona¹⁹. Es comúnmente aceptado que el daño moral no es un daño patrimonial, ni tiene un sustituto en un mercado de bienes, pudiendo ser definido como el perjuicio que experimenta una persona y que no afecta a su patrimonio, ni a sus ingresos, ni puede cuantificarse económicamente con referencia a un valor de mercado»²⁰. Este daño abarca, incluso, el perjuicio, el desequilibrio o la pérdida de aptitudes o expectativas de la persona perjudicada, causados por un daño que provoca la modificación del desarrollo de su capacidad cognitiva, emocional o sentimental.

De esta forma, el daño moral es aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad²¹. Daño moral es así el infringido a la dignidad, a la estima moral y cabe en las personas jurídicas²².

La razón de ser del reconocimiento del daño moral por la jurisprudencia es la compensación del dolor o sufrimiento que determinados actos tienen sobre las personas. Este tipo de daño puede apreciarse de manera individualizada, cuando no se constata la concurrencia de daños de distinta naturaleza (daño moral puro) o como consecuencia de otros daños de carácter físico o material. Una concepción amplia del daño moral consistiría en integrar dentro de él cualquier minusvaloración, limitación o pérdida que sufre el perjudicado por la acción de otro y que se materializa en una inmisión perturbadora hacia su personalidad. Estos tipos de daños, por su naturaleza, no pueden ser incluidos dentro de los daños materiales porque no son susceptibles de ser objeto de tráfico mercantil ni son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles, de forma inmediata y automática, en una «cuantía económica».

Así, mientras que el daño patrimonial provoca una disminución de un medio, situación personal o utilidad social de un individuo, que siempre es compensable con dinero por la posibilidad de encontrar un sustituto en el mercado de bienes, la indemnización permite restaurar el patrimonio afectado, no siendo el caso del daño moral. Esta lesión implica una reducción del nivel de aptitudes personales e íntimas, que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden llegar a reparar el daño sufrido. Si bien, como ya hemos apuntado, la indemnización servirá a modo de compensación, no pudiendo tener nunca un efecto lucrativo.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2015.

²⁰ MARTÍN CASALS M. y SOLÉ FELIÚ J., (2003:858).

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 1984.

²² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2002.

El concepto de daño moral, calificado por la jurisprudencia como un concepto borroso, relativo e impreciso, alude a aquel perjuicio causado al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral y no precisa de prueba dada la inmaterialidad del *pretium doloris* que le tiñe de un evidente subjetivismo, correspondiendo tanto su apreciación como su determinación económica a la jurisdicción competente²³.

El daño moral, en cuanto no haya sido objeto de un sistema de tasación legal y dado que no puede calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad judicial, tal y como pone de manifiesto una reiterada jurisprudencia²⁴.

III. ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DAÑO MORAL

Tratar de definir o categorizar los elementos que configuran el concepto del daño moral resulta una labor de suma complejidad. El carácter puramente subjetivo del daño moral, no solo referido a la identificación de su naturaleza sino también en lo que respecta al modo en el que afecta en la esfera emocional de la víctima, ocasiona que su apreciación esté íntimamente ligada a cada supuesto y exija tomar en consideración los aspectos específicos y personales del caso, imposibilitando la determinación de los elementos integradores del daño moral con una vocación universal.

Establecido lo anterior, resulta lógico afirmar la imposibilidad de regular los eventos que dan lugar a la producción de un daño moral, así como los elementos que por sí mismos agravan el dolor que sufre la víctima, puesto que lo subjetivo por definición carece de medición posible. A pesar de ello, la jurisprudencia suele acudir a distintos criterios que permiten estructurar los elementos que conforman el daño moral, al tratarse de cuestiones que son valoradas por los tribunales a la hora de apreciar tanto su existencia como la procedencia de su reparación a través de una cuantía indemnizatoria. Entre estos aspectos, podemos destacar el nivel de impacto que el daño moral causa sobre la víctima o las consecuencias temporales de la lesión de carácter físico que conlleva una afección de carácter psicológico o psíquico (permanente, temporal, parcial o total)²⁵ así como aquellos en los que no existe derivación o relación alguna con los daños de carácter patrimonial o físico (daños

²³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de enero de 2009.

²⁴ DELGADO SANCHO, C. D. (2013: 63 y ss).

²⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de marzo de 2007 reconoce la existencia de daño moral a causa de una negligencia médica a un recién nacido durante el parto, cuyas consecuencias le provocan «daños de carácter irreversible, que le impiden durante toda su vida el más mínimo desarrollo de la personalidad, de su autocuidado y de relación el mundo exterior, generándole una limitación muy profunda de todo género».

morales puros)²⁶. Algunos autores también han aludido a las condiciones personales de la víctima en relación con sus facultades de recuperación: así, una persona que reúna un carácter más resiliente será capaz de soportar un daño moral con menor sufrimiento que otra persona con una personalidad más aprensiva²⁷. La jurisprudencia también ha analizado la constatación de algún trauma psicológico derivados del daño experimentado o la pérdida del disfrute de la vida²⁸.

No cabe obviar, pues, la dificultad probatoria que conlleva alegar un perjuicio que reside en la esfera íntima y subjetiva de la persona. Resulta usual encontrar sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en las que se menciona la dificultad

²⁶ No existen baremos que establezcan una diferenciación del daño moral básico inherente a una lesión física o psíquica como algo distinto al perjuicio psicofísico o a la pérdida de calidad de vida que experimenta la víctima. Es necesario recordar que los baremos para accidentes de tráfico establecen para cada situación (muerte, lesiones permanentes y temporales) una mecánica similar: se asigna un valor monetario único para el cálculo de la indemnización básica y este valor puede incrementarse con indemnizaciones complementarias. Éstas últimas resultan de aplicar lo que el sistema denomina «factores de corrección» por perjuicios personales adiciones y por los perjuicios morales derivados de aquellos daños corporales. Al respecto *vid.* LUNA YERGA, A., RAMOS GONZÁLEZ, S. y MARÍN GARCÍA, I., (2006: 7 y ss).

²⁷ MAGRO SERVET, V., (2024: 6).

²⁸ La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de diciembre de 2004, aborda el trauma ocasionado a la víctima a causa de una negligencia médica en una operación que le hizo perder un ojo, dolor que se vio incrementado por la coincidencia en el tiempo de la detección de un cáncer a su esposa. Del mismo modo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Málaga, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 19 de abril de 2023, reconoce la existencia de daño moral como consecuencia del padecimiento de un trauma acústico que imposibilita a la víctima estar sometida a situaciones de estrés, insomnio, estimulación acústica y visual a causa de los ruidos generados por un polideportivo municipal cercano a su vivienda.

A su vez, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de septiembre de 2009, reconoce un daño moral indemnizable a un hombre que había perdido a su mujer y a su hija de nueve meses de edad como consecuencia del impacto de una aeronave militar sobre su vivienda, habiéndolo presenciado mientras se encontraba trabajando en el campo, lo que le había ocasionado, entre otros daños, un grave trastorno de la personalidad. En esta sentencia se recurre la indemnización de 16.424,55 euros otorgada por el Consejo de Ministros, modificada por el Tribunal Supremo por considerarla insuficiente, estableciendo finalmente la compensación de 80.000 euros. La modificación de la indemnización es justificada por el Tribunal Supremo en atención a los especiales eventos traumáticos acaecidos: «No se puede dejar de valorar que el fatal desenlace se produce cuando la esposa e hija del recurrente se encontraban en el domicilio familiar y que el siniestro es contemplado por éste cuando estaba trabajando en el campo, quien al acudir de inmediato a comprobar lo ocurrido se encuentra con su casa en parte derrumbada y en parte ardiendo, sin señales de su mujer y de su hija. Y es que las circunstancias con las que se presentan los acontecimientos se revelan como especialmente trágicas, espeluznantes, conmovedoras, y por ello acreedoras de un resarcimiento que, si bien es de muy difícil valoración, lo que está claro es que no se consigue con la aplicación de un baremo previsto para acontecimientos menos dramáticos y en atención a las responsabilidades de las compañías aseguradoras contratantes de seguros de vehículos a motor. Por otro lado, no parece ocioso recordar los estados de ansiedad, de depresión, de inadaptación, trauma y de neurosis y psicopatía que dictamina la psicóloga... [y que] en todo caso revelan como muy escasa la indemnización reconocida de 16.424,55 euros por las secuelas del recurrente».

de la valoración económica del daño moral²⁹. Los criterios adoptados han fluctuado entre sistemas de libre apreciación judicial y un sistema de baremos con cantidades predeterminadas que, como algunos autores han defendido, fueran aplicables dentro de determinados límites preestablecidos pero flexibles y adaptables a las circunstancias concretas de cada caso concreto.

Sin lugar a duda, la prueba del daño moral contará con una mayor complejidad que la del daño material y si resulta difícil su prueba, mucho más lo será su cuantificación económica. En los casos de fallecimiento, muerte, o intromisiones ilegítimas respecto de derechos fundamentales (honor, intimidad o la propia imagen) los jueces y tribunales no suelen exigir una prueba adicional distinta a la realizada para acreditar dichas lesiones, ya que se entiende que la entidad del daño o intromisión sufrida justifica de manera suficiente la existencia de un daño moral, ya que, así como los perjuicios materiales han de probarse, los morales no necesitan, en principio, de probanza alguna cuando su existencia se infiere inequívocamente de los hechos. De este modo, acreditada la muerte de un familiar, no hay que probar, en cambio, que ha producido dolor porque éste existe con el simple dato de constatar lo que sucede en la naturaleza y en las reglas de las relaciones humanas. Otro tanto sucede con los ataques al honor³⁰.

Sin embargo, tal prueba no determina el valor intrínseco que debe atribuírsele al daño moral, es decir, el valor que conlleva un daño moral puro, donde no exista derivación o relación alguna con el daño físico o corporal. Esta apreciación requiere indudablemente un juicio de valor, al no existir un baremo al respecto³¹.

IV. DAÑOS CONTINUADOS. DISTINCIÓN ENTRE SECUELAS PSICOLÓGICAS Y DAÑOS MORALES

En ocasiones, la Administración pública es responsable de algunos daños que se extienden a lo largo del tiempo. Así ocurre cuando alguien es privado de su libertad al decretarse prisión preventiva, o cuando se producen dilaciones indebidas en el proceso, prolongando de forma injustificada la situación de perjuicio para la víctima. La cuestión radica en delimitar si estos daños son realmente continuados en el tiempo o si, por el contrario, son permanentes. La jurisprudencia ha realizado una exhaustiva delimitación de la diferencia entre ambos tipos de daños y su influencia en el cómputo del plazo en el que se legitima su reclamación.

²⁹ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de mayo de 2011 y de 20 de febrero de 2012.

³⁰ En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de enero de 1997; 16 de marzo de 2002; 11 de marzo de 2004 y 22 de diciembre de 2016.

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de julio de 2007.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 24 de febrero de 2015 refleja la larga doctrina jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal Supremo, estableciendo que «en los permanentes el hecho causante del daño se agota en un momento concreto en que se despliega ya todos sus efectos y se conoce cuál es el alcance del daño, luego puede preverse cuál será su evolución. Los continuados son los que no se agotan en un momento y van evolucionando, de forma que el plazo de prescripción permanece abierto y solo se iniciará su cómputo cuando haya base para tener por concretado definitivamente el alcance de las secuelas».

En efecto, el daño permanente ha sido definido por el Tribunal Supremo en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 23 de octubre de 2012, entendiéndose por los primeros aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. A su vez, el daño continuado ha sido definido, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 11 de noviembre de 2014 como un daño «opuesto al daño permanente, aquellos que se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, siendo necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en el que cesan los efectos». El sentido de la distinción entre daños continuados y permanentes tiene por finalidad resolver aquellos casos en los que no es posible determinar todos los perjuicios causados en el momento de producirse el evento dañoso lo que provoca que no sea posible tomar como dies a quo para la reclamación el momento en el que se produjo el daño.

La distinción entre el concepto de daño psicológico y daño moral también ha sido abordada por la jurisprudencia. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 31 de marzo de 2014 afirma que «es preciso diferenciar entre lo que son secuelas psíquicas propiamente dichas y los daños morales o sufrimiento anímico que un hecho determinado pueda causar al afectado. Las primeras aparecen vinculadas con la detección de una enfermedad psíquica reconocible, mientras que los segundos surgen por el sufrimiento moral y psicológico que puede padecer una persona como consecuencia del acto al que imputa tales perjuicios». Añadiendo más adelante que «el lógico sufrimiento o padecimiento psíquico de una madre por la imposibilidad de estar con sus hijos, únicos daños que ahora son susceptibles de ser enjuiciados, surgió desde el primer momento en que esta separación se produjo, y aunque dicho sufrimiento, y la preocupación por el estado en el que se encuentran, permanece en el tiempo, no permite entender que nos encontramos ante daño continuado que pueda ser reclamado en cualquier momento». Este sufrimiento psicológico, asimilable al daño moral, al igual que ocurre con aquellos

supuestos en los que se sufre por la pérdida o fallecimiento de un ser querido, no aparece asociado a una enfermedad o secuela, sino al dolor aflictivo que surge desde el momento en que se produce el acontecimiento causante de ese padecimiento, sin perjuicio de que se prolongue en el tiempo. El acto al que se le imputa el daño, en este caso, la actuación de los tribunales de justicia, se agota en un momento concreto, y a partir de ese momento surgió el «padecimiento psicológico», su sufrimiento e inquietud, aun cuando sea permanente en el tiempo para la afectada, lo que nos sitúa ante lo que la jurisprudencia ha considerado daños permanentes, caracterizados como aquellos «en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo»³².

V. CLASIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS DAÑOS MORALES OCASIONADOS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Ya se ha advertido que la naturaleza propiamente subjetiva del daño moral impide establecer un listado *numerus clausus* tanto de los elementos que son valorados por la jurisprudencia para su apreciación como daño indemnizable, como de los eventos que se encuentran relacionados directamente con la generación de un daño moral.

Al tratarse de lesiones surgidas en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, su ámbito objetivo se circunscribe a aquellos casos en los que la Administración ocasiona un perjuicio como consecuencia del despliegue de su actividad a través de la prestación de un servicio público.

Sin perjuicio de que puedan identificarse otros escenarios concretos que fundamenten el reconocimiento de esta categoría de daño, la jurisprudencia constata la presencia de ciertas circunstancias y hechos que, por sus propias implicaciones y características, conllevan el reconocimiento de su existencia y la correlativa obligación de reparación.

En este sentido, a través de una sistematización de la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo en los últimos años, se ha tratado de realizar una clasificación de los daños morales más comunes que suelen ser reconocidos por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Se trata, en esencia, de determinar los acontecimientos que suelen llevar aparejado la existencia de un daño moral, al producir un sufrimiento que afecta a la esfera psicológica e interna de la víctima y que son susceptibles de encuadrarse en distintas categorías en función de sus elementos definidores.

³² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 31 de marzo de 2014.

1. Daños morales derivados del fallecimiento de un familiar

Como hemos señalado con anterioridad, la jurisprudencia ha admitido de forma reiterada la existencia de daño moral con la simple constatación del fallecimiento de un familiar. Se trata de una derivación natural y humana dentro de los parámetros sociales del evento dañoso. Las características que justifican la constatación de dicho daño residen, principalmente, en el sufrimiento que comporta la privación de la convivencia afectiva con la víctima³³. Su conceptualización también puede surgir fruto de los errores que provocan el fallecimiento inesperado de la víctima. Es este el caso de las negligencias médicas imputables a la Administración sanitaria, en las que se producen atenciones médicas o diagnósticos tardíos, identificándose el daño moral con la angustia y la frustración de la espera de una atención imperiosa y de pronta prestación³⁴ o un error en el diagnóstico que acaba produciendo la muerte y que pudiera haber sido evitado dentro de los parámetros normalmente aceptables a través de la realización de otras pruebas médicas³⁵.

El daño moral también suele generarse en el momento en el que se constatan especiales padecimientos con carácter previo a la muerte, ya sea por el sufrimiento en sí mismo provocado por el daño ocasionado, como las molestias generadas a partir del mismo y concretadas en ingresos médicos consecutivos y de larga duración, la realización de pruebas molestas -situación que agrava el padecimiento en función de la edad de la víctima- o la incertidumbre y angustia que causa el perjuicio en la esfera espiritual de los progenitores y el resto de familiares cercanos³⁶.

El fallecimiento de un ser querido también puede ocasionar, con relativa frecuencia, padecimientos psicológicos graves que pueden desencadenar en un cuadro caracterizado por afecciones psiquiátricas que provocan una alteración en la conducta y en las emociones³⁷.

El daño moral derivado del fallecimiento puede estar igualmente vinculado al modo en el que se transmite el hecho a los familiares de la víctima. Algunas ma-

³³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 16 junio de 2003.

³⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 11 abril de 2003 y sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, de 3 diciembre de 2012.

³⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 28 diciembre 2007 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 27 de noviembre de 2019.

³⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 24 de noviembre de 2022 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, de 12 de diciembre de 2024.

³⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10ª, de 8 de febrero de 2024.

nifestaciones de lo anterior residen en la ausencia total de comunicación y otros, en una comunicación tardía cuyo sufrimiento de por sí intenso, puede verse agravado por la concurrencia de otras circunstancias, como que en el momento en el que se tiene constancia del hecho ya se haya procedido al entierro del cuerpo, negándole a los familiares el derecho a velar y a darle sepultura a la víctima y a tener un duelo en circunstancias normales³⁸.

2. Daños morales derivados de lesiones físicas

Al igual que ocurre en el caso del fallecimiento de un familiar, aquí la jurisprudencia también toma en consideración la edad de la persona afectada a la hora de determinar la existencia de daño moral y de dotar de significado al término. De este modo, cuánto más joven sea la víctima, mayor se considerarán los perjuicios producidos y, por consiguiente, mayor será la indemnización. Las razones que justifican interpretar la edad de la víctima de esta manera son varias. En primer lugar, resulta evidente afirmar que cuanto más joven sea la víctima, se soportará el daño durante un período de tiempo más largo. Además, la intensidad del daño suele aumentar con la juventud, ya que determinadas lesiones pueden mermar ciertas actividades vitales, tales como entablar una relación sentimental, introducirse en el mercado laboral sin limitaciones físicas o tener descendencia. La calidad de vida constituye otro elemento valorado por los tribunales cuando se constatan lesiones físicas, siendo así que a la hora de determinar la existencia de daño moral se suele comparar la calidad de vida previa y posterior al accidente, con el fin de determinar si ha habido una merma real de la misma.

De igual modo, las lesiones físicas pueden conllevar la producción de secuelas estéticas que afecten negativamente a nuestra propia percepción y a la imagen que otros tienen de nosotros y cuyo mayor o menor grado de aceptación percibimos³⁹. En ocasiones, las lesiones producidas pueden conllevar la limitación o pérdida parcial de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo o, incluso, la práctica de ciertas actividades específicas de disfrute o placer, como las relaciones íntimas o sociales.

3. Daños morales derivados de la privación de libertad

El daño moral ocasionado por la Administración pública derivado de la privación de libertad aparece regulado en el artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de

³⁸ Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 3 de diciembre de 2012, y Sección 3ª, de 19 de febrero de 2021.

³⁹ La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10ª, de 24 de abril de 2024, establece la condena a la Administración por las quemaduras graves que se le infringieron durante una intervención quirúrgica provocándole unas secuelas estéticas de gran intensidad.

1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), donde se prevé el carácter indemnizatorio de aquellos daños causados como consecuencia de la privación de libertad acordada como medida cautelar personal cuando, con carácter posterior, se dicta auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria. El artículo 294.2 LOPJ declara que, en los casos de prisión preventiva indebida, «la cuantía de la indemnización se fijara en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido». La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha encargado de desarrollar este precepto, con la finalidad de establecer guías orientativas que eviten la desigualdad en la indemnización que se les concede a las víctimas.

Los daños que puede ocasionar la prisión indebida han sido calificados por el Tribunal Supremo como aquellos perjuicios morales que traen consigo el desprestigio social y la ruptura con el entorno que la prisión comporta, además de la angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor que suele conllevar⁴⁰. La menor o mayor duración durante la cual se produce la privación indebida de libertad comporta otro factor determinante de la cuantía indemnizatoria. De igual modo, las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios, rehabilitación de la honorabilidad perdida, mayor o menor probabilidad de alcanzar el olvido social del hecho, así como la huella que hubiera podido dejar la prisión en la personalidad o conducta del que la hubiere sufrido también han sido padecimientos que la jurisprudencia ha incluido en la categoría de daño moral⁴¹.

4. Daños morales derivados de la privación de la compañía de los hijos

Las Administraciones públicas están facultadas para dictar resoluciones que pueden conllevar la separación de los menores de sus núcleos familiares. Estos hechos solo originan responsabilidad patrimonial si la decisión de privación ha sido adoptada de forma ilegal o indebida⁴². En este caso, la intensidad del daño es valorada por los tribunales tomando en consideración diversos elementos, tales como el número de hijos⁴³, la desatención del menor por parte de los progenitores anterior o posterior a la privación de la compañía de los hijos, el no haber ejercido las correspondientes acciones legales para recuperar la misma⁴⁴, la duración durante la cual se ha privado de los hijos a los reclamantes (apreciando una mayor intensidad en el dolor cuanto

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de febrero de 1999.

⁴¹ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de junio de 1999 y de 20 de febrero de 1999.

⁴² *Vid.* MARÍN GARCÍA, I., y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D., (2010: 11).

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de octubre de 2011.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de septiembre de 2010.

mayor es la prolongación de la privación⁴⁵) o los intentos dirigidos a mantener un contacto con el menor por parte de los progenitores⁴⁶. En ocasiones, los Tribunales fijan indemnizaciones de cuantías considerablemente elevadas, que superan incluso, las indemnizaciones fijadas en supuestos de fallecimiento de un hijo⁴⁷ lo que, tal y como recoge la doctrina, puede estar justificado en la actividad especialmente reprochable realizada por la Administración pública⁴⁸.

5. Daños morales derivados de dilaciones indebidas

Las dilaciones indebidas o retrasos judiciales no comunes derivados de una actuación anormal de la Administración pública pueden dar lugar a responsabilidad patrimonial, tal y como se establece en los artículos 292 y siguientes de la LOPJ. Entre los daños que se pueden derivar de dichas actuaciones se encuentran los sentimientos de angustia, mala fama, humillación, incertidumbre o inseguridad.

Resulta comprensible que aquellos daños morales que se produzcan como resultado de una prolongación indebida de un proceso penal tendrá una cuantía mayor que otras que se deriven de otros ámbitos⁴⁹. La presencia prolongada en el «banquillo» de una persona de manera innecesaria en el seno de un proceso penal suele tener efectos particularmente negativos para el perjudicado (rehabilitación de la honorabilidad perdida, mayor o menor probabilidad de alcanzar el olvido social del hecho). Esta situación puede darse en aquellos procesos que, sin tener naturaleza penal, comportan sanciones disciplinarias graves (procedimientos contenciosos)⁵⁰.

El Tribunal Supremo ha declarado que no es necesario probar la existencia de daños morales en las dilaciones indebidas ocurridas dentro de procesos penales⁵¹, ya que el insólito retraso constituye por sí solo un perjuicio moral⁵². Esta apreciación de los daños morales ocurridos en el proceso penal no puede verse extendida a la mera tardanza en el proceso civil⁵³. Los factores apreciados por los tribunales a la hora

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de septiembre de 2013.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de septiembre de 2010.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de abril de 2010.

⁴⁸ *Vid.* DOMENECH PASCUAL, G., (2023: 606).

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de marzo de 1999.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de julio de 2005.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de diciembre de 2004.

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de marzo de 1999.

⁵³ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de mayo de 2007, dispone al respecto que «desde la perspectiva de los daños morales es obvio que no cabe equiparar las dilaciones en la tramitación de un proceso penal con aquellas que puedan generarse en la tramitación de un proceso civil como el ahora contemplado. En los procesos penales, una duración indebida de un

de determinar la indemnización son dispares⁵⁴. Uno de ellos reside en la duración del proceso, ya que solo se considerarán como dilaciones indebidas, aquellos que exceden de la duración que puede considerarse normal y ordinaria para la tramitación del mismo⁵⁵. Por otro lado, también se toma en consideración el hecho de si el acusado fue absuelto o condenado, entendiéndose que la dilación del procedimiento afecta de un modo más intenso al inocente que al culpable⁵⁶. Por último, también son objeto de valoración las circunstancias personales de la víctima y la limitación que haya sufrido su libertad durante la dilación del procedimiento, así como la propia actuación del inculpado.

6. Daños morales como consecuencia de la vulneración del derecho al honor y descrédito profesional

Las vulneraciones del derecho al honor pueden dar lugar a la estimación de daños morales en el ámbito de la responsabilidad patrimonial cuando la afeción antijurídica del derecho se produce como consecuencia de una actividad de la Administración. Estas intromisiones en el derecho al honor pueden estar constituidas por distintos tipos de actuaciones administrativas que, sin tener como finalidad última la pretensión de producir un daño al honor de la víctima, produce un perjuicio que justifica su reparación. Así, podemos citar los perjuicios causados como consecuencia de la tramitación de procedimientos sancionadores y disciplinarios en los que, como afirma la doctrina y así ha sido recogido por la jurisprudencia, la vulneración no se produce por la actividad administrativa en sí, sino por la imputación de la comisión del hecho que, por sus propias características supone una lesión del honor de la víctima⁵⁷.

Otro modo de afectación al derecho al honor es la inclusión errónea en un listado de deudores a la hacienda pública, comúnmente conocido como «registro de morosos». Al respecto, la jurisprudencia ha establecido que la inclusión errónea en dichos registros vulnera el derecho al honor y, por lo tanto, comporta la generación de un daño moral indemnizable. Dicha vulneración reside en el desmerecimiento y descrédito en la consideración ajena, pues esta clase de registros suele incluir a per-

proceso puede comportar consecuencias tales como un desprestigio social o una carga patente de angustia y frustración, circunstancias estas que no parecen ineludiblemente unidas a los procesos civiles, por lo que será necesario valorar de forma individualizada las circunstancias concurrentes en cada caso».

⁵⁴ Vid. DELGADO DEL RINCÓN, L. E., (2018: 569-590).

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de marzo de 1999.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de septiembre de 2008.

⁵⁷ Vid. BERMEJO LATRE, J.L., (2008: 396 y ss.). El autor expone como el Tribunal Supremo suele aceptar que la imposición de una sanción puede ocasionar un desmerecimiento en el prestigio del sancionado, pero entiende que el deshonor social no es atribuible a la sanción en sí misma, sino al hecho sancionado.

sonas que son objeto de una valoración social negativa, sobre la que se generan unos mínimos recelos y reparos, especialmente a la hora de entablar con ellas relaciones de carácter contractual.

Una fuente adicional de vulneración del derecho al honor por la Administración es la emisión de notas informativas. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de febrero de 2007⁵⁸, por ejemplo, resolvió un caso en el que el servicio de prensa del Ministerio de Interior había emitido una nota en la que se informaba de la incautación policial de una edición fraudulenta de discos compactos y de la imputación del actor como autor de un delito del que no llegó a ser juzgado, pues el juez instructor archivó las diligencias previas incoadas por no ser los hechos constitutivos de infracción penal. El Tribunal Supremo acabó estimando que se había cometido una vulneración del derecho al honor, fijando la indemnización en 40.000 euros.

El daño moral derivado de la violación del derecho al honor también puede surgir de la imposición ilegal de sanciones que conllevan un especial reproche social y que son apreciados por la víctima como una merma a su honor. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de mayo de 1998, se declaró el derecho del actor, un comandante de infantería, a ser indemnizado por el daño moral que le había causado una sanción de cuatro días de arresto domiciliario impuesta con fundamento en unos hechos que luego se revelaron inexistentes. El Tribunal Supremo consideró que el arresto, aun siendo por una falta leve, le infligió «una innegable aflicción moral y un perjuicio y descrédito en la situación profesional del indebidamente sancionado, que era evidente que en aquel momento incidía negativamente en su honorabilidad como militar al que se le imputaba un comportamiento negligente o indisciplinado». En dicha sentencia, se declara que «la cuantificación de la indemnización hay que limitarla, única y exclusivamente, a la producida por la anulación de la resolución sancionadora, sin referencia alguna a la publicidad que dicha resolución haya podido tener en los medios de comunicación, que no puede determinar un incremento de la indemnización pues dicha acción es ajena a la Administración competente».

El descrédito profesional o el desprestigio de la reputación también se encuentra considerado por el Tribunal Constitucional como una vulneración del derecho al honor. Tanto es así, que existen estimaciones de derecho moral causadas por la negativa de la administración a proceder a la colegiación de distintos profesionales que reunían los requisitos exigidos para ello, produciéndole la negativa un profundo

⁵⁸ Dicha sentencia expone que «las denominadas notas de prensa, tan en uso hoy día emanadas de autoridad o de agentes de la autoridad, podrán dar a conocer un hecho o suceso para satisfacer el derecho a la información de la sociedad; pero esas notas nunca podrán ser el baluarte o salvoconducto de impunidad para agredir el honor ajeno».

sufrimiento que se vio intensificado por el descrédito profesional que comportaba no poder ejercer la profesión⁵⁹.

7. Daños derivados de la vulneración del derecho a la igualdad de trato y no discriminación

La Administración también puede causar con su actuación una vulneración del derecho a la igualdad que comporte, en definitiva, la existencia de un daño moral. La vulneración de este derecho y la consecuente constatación de una situación discriminatoria puede adoptar diversas variantes que dotan al bien jurídico protegido de características diferenciadoras. Así, el daño moral puede originarse a partir de una discriminación por razón de sexo, que podrá ser a su vez directa o indirecta; también puede darse, de conformidad con el artículo 14 de la Constitución Española, la existencia de discriminación por razones étnicas, religiosas, de edad, orientación sexual o cualquier otra circunstancia personal o social desigualitaria.

A título de ejemplo, existen casos de reconocimiento de daño moral por la jurisprudencia en atención a discriminación por razón de sexo en el ámbito del empleo público, al haberse producido tratos desfavorables basados en el embarazo o en la maternidad⁶⁰. Estas circunstancias dan lugar a una conducta discriminatoria que se ve cualificada por el resultado de carácter peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas para la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, pues supone un atentado a la dignidad del ser humano. Tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos despectivos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres⁶¹. Resulta especialmente interesante a este respecto destacar que el impedimento del ejercicio de los derechos de conciliación y permiso de maternidad o paternidad ha dado lugar al reconocimiento del daño moral por la jurisprudencia al identificar que la conducta supone un impedimento a «la alegría del nacimiento del hijo»⁶². Al mismo tiempo, el Tribunal Supremo ha admitido recientemente la existencia de interés casacional objetivo en

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de diciembre de 2016 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 28 septiembre de 2001.

⁶⁰ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Ferrol, de 10 mayo de 2021.

⁶¹ Sentencias del Tribunal Constitucional, de 7 de junio de 1994; de 23 de julio de 1996; de 29 de enero de 2001; de 25 de febrero de 2002; o de 30 de enero de 2003.

⁶² Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 19 de diciembre de 2007.

un caso en el que dirime si es necesario indemnizar los daños morales por discriminación salarial por razón del sexo de la víctima constatada en sede judicial⁶³.

8. Daños morales por la falta o déficit de consentimiento informado

El daño moral ocasionado por la falta o déficit de consentimiento informado ha sido relacionado por la jurisprudencia con la privación de la capacidad de decidir de la víctima, ya sea por la falta de aceptación sobre un concreto tratamiento o resultado como por el acaecimiento de un evento ajeno al previsto sobre el que no se había informado existiendo probabilidad de que ocurriese⁶⁴. La producción de un daño moral de estas características requiere, por exigencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de la existencia de un daño físico previo que dé lugar a la pretensión indemnizatoria⁶⁵.

En ocasiones, la falta de consentimiento informado se encuentra conectada con la teoría de la pérdida de la oportunidad, especialmente cuando el daño está relacionado con la asistencia médica⁶⁶ y con los efectos que provoca en la salud y en la vida de la víctima la ausencia de una información clara sobre los efectos de los tratamientos e intervenciones quirúrgicas⁶⁷.

9. Daños derivados del funcionamiento de un servicio público

La producción del daño en el marco del funcionamiento del servicio público es un requisito para la estimación de responsabilidad patrimonial. No obstante, existen algunas tipologías de daños morales que se encuentran más íntimamente ligados a la prestación del servicio público, siendo el funcionamiento deficiente del mismo el responsable de la producción de la conducta lesiva. Frecuentemente, esta categoría de daño moral suele estar caracterizada por una falta de cuidado en los sujetos que intervienen en la prestación del servicio público. También se producen ante la deficiente adopción de medidas de control necesarias en espacios donde la Administración adopta un especial rol de cuidador de las personas que se encuentran bajo su tutela.

⁶³ Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 22 marzo de 2024.

⁶⁴ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de marzo de 2012 reconoce esta tipología de daño moral a una víctima que no fue informada por la autoridad sanitaria de los daños derivados del parto por cesárea.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de octubre de 2012.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 9 de octubre de 2012.

⁶⁷ En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 9 mayo de 2005, se indemnizó por este concepto a una mujer a la que no se informó de la posibilidad de volver a quedar embarazada tras una ligadura de trompas.

La jurisprudencia ha reconocido la existencia de daño moral a un funcionario de prisiones por la agresión sufrida en el ejercicio de sus funciones por un preso que debía encontrarse en una celda de aislamiento y no en una normal. El evento dañoso ha ocasionado a la víctima distintos perjuicios de carácter psicológico que han dificultado su reincorporación laboral⁶⁸. También existen casos atribuibles al servicio público de cementerio: custodia defectuosa de los restos mortales de las víctimas⁶⁹ o extravío de los mismos⁷⁰, así como exhumación de dichos restos sin el debido consentimiento de los familiares⁷¹. A su vez, la jurisprudencia ha afirmado la necesidad de indemnizar en concepto de perjuicio moral el error sanitario en la gestión de la entrega de un feto sin vida a los interesados confundiendo su identidad por la de otro⁷². El deficiente mantenimiento de las instalaciones y bienes públicos también ha dado lugar al reconocimiento de daño moral cuando el daño se produce en un especial contexto emotivo⁷³ o en aquellos casos en los que las consecuencias que produce causan un sufrimiento especialmente intenso para la víctima⁷⁴. Del mismo modo, el especial deber de vigilancia que la Administración está obligada a desempeñar en algunos espacios, ha llevado a la jurisprudencia a estimar en concepto de daño moral las lesiones psicológicas producidas a menores en colegios públicos⁷⁵. El daño moral también surge cuando, aun prestado el consentimiento informado por parte del paciente, la intervención quirúrgica y los resultados que ésta produce son distintos a aquellos para los que se prestó el consentimiento⁷⁶.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 7 de octubre de 2011.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de septiembre de 2000.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 18 de julio de 2000; sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 23 de julio de 2001 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 4 de mayo de 2006.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 10 de diciembre de 2002.

⁷² Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 6 de junio de 2007.

⁷³ La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de octubre de 2004, aborda el reconocimiento de daño moral por las molestias ocasionadas a raíz de la caída de una lápida sobre la víctima cuando ésta se encontraba en el interior de un cementerio.

⁷⁴ Es el caso de una caída en instalaciones municipales por el mal funcionamiento del ascensor, cuyas lesiones acaban produciendo una pérdida de la calidad de vida a la víctima, *vid.* la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 5 de junio de 2024.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 28 de mayo de 2003, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 5 de noviembre de 2001.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 5 de junio de 2020.

De este modo, para que el consentimiento informado sea lícito debe abordar todas las posibles actuaciones a las que se someta el paciente, surgiendo la lesión si practican intervenciones no expresamente aceptadas que acaban causándole finalmente un efecto dañoso⁷⁷. Asimismo, la jurisprudencia recoge la estimación en aquellos casos en los que la falta de consentimiento se produce en procedimientos de reproducción asistida en los que, no habiéndose guardado la debida diligencia en la conservación de los embriones conservados obtenidos con material reproductor del marido fallecido de la interesada, no se le informa adecuadamente de la necesidad de iniciar el ciclo de fecundación en un determinado plazo de tiempo, perdiendo la posibilidad de ejercer el derecho a gestarlos⁷⁸.

10. Daños derivados de la pérdida de oportunidad

La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha acogido la doctrina de la pérdida de oportunidad⁷⁹ definiéndola como «una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización debido a la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentementex⁸⁰.

En este supuesto, basta la certidumbre manifiesta, seria y no desdeñable de que el conjunto de circunstancias ha repercutido en el daño sufrido para estimar

⁷⁷ La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 11 de diciembre de 2017, aborda la falta de consentimiento informado para la realización de bloqueos espinales e instalación del catéter temporal, siendo ésta última la causa de una infección grave al paciente.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 10ª, de 6 de febrero de 2017.

⁷⁹ Para mayor conocimiento del análisis doctrinal que ha experimentado la teoría de la pérdida de oportunidad, resulta indispensable acudir a MEDINA ALCOZ, L., (2007: 416 y ss.).

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 10ª, de 16 de enero de 2025; sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de julio y de 7 de septiembre de 2005 y de 4 y de 12 de julio de 2007.

responsabilidad por daño moral⁸¹, aunque el propio Tribunal Supremo reconoce la necesidad de conjugar dos elementos de difícil concreción como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso y el grado, entidad o alcance de éste mismo⁸². Este tipo de daños morales suelen surgir como consecuencia de un diagnóstico erróneo que impide a la víctima optar por un tratamiento médico adecuado⁸³ o de una tardanza significativa en el mismo que hace imposible la aplicación de cualquier tratamiento una vez ya ha aparecido la enfermedad⁸⁴.

No obstante, la teoría de la pérdida de la oportunidad también ha sido objeto de aplicación más allá del ámbito sanitario. Un ejemplo de ello es la estimación de daño moral en concepto de pérdida de oportunidad del derecho de defensa a causa de la información errónea que un abogado le traslada a su cliente afirmándole que ha procedido a interponer el recurso correspondiente contra una resolución desfavorable cuando finalmente resulta no ser cierto. Esta situación provoca la imposición de la sanción de suspensión del ejercicio profesional al letrado que acaba siendo confirmada por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander, de 19 de noviembre de 2014.

11. Daños derivados de la vulneración del derecho a la protección de datos personales

El tratamiento ilícito de datos personales puede dar lugar a la apreciación de un perjuicio moral al atentar contra los derechos a la intimidad y protección de datos personales reconocidos en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. En este ámbito, la generación del perjuicio moral puede darse por circunstancias muy diversas, entre las que citamos las originadas por la publicación del número completo del documento nacio-

⁸¹ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 18 de octubre de 2005 y de 18 de julio de 2016.

⁸² Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de octubre de 2011 y de 22 de mayo de 2012 reiteradas por la dictada en fecha de 20 de marzo de 2018.

⁸³ En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de julio de 2007 se dicta que «al no diagnosticarse en forma, por esa mala praxis médica, la crisis que sufría el marido de la recurrente, remitiéndole a su domicilio sin un tratamiento adecuado, con independencia de cuáles hubiesen sido los resultados finales de ese tratamiento, se le generó la pérdida de la oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que finalmente se produjo y respecto al cual es imposible médicamente saber, como dice el informe de la médico forense, si hubiese podido evitarse, sino esa pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado».

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 14 de mayo de 2024.

nal de identidad en un proceso selectivo⁸⁵, como por facilitar datos personales de un ciudadano a su pareja sin exigir ningún tipo de autorización al respecto⁸⁶.

Igualmente, se constata su reconocimiento en los casos en los que publica la condición de discapacidad de un opositor junto a la calificación obtenida, sin que tal condición haya implicado su acceso a la función pública por un turno distinto al libre⁸⁷. A su vez, la jurisprudencia identifica su existencia en aquellos casos en los que se facilita información personal médica a terceros sin el consentimiento de los afectados⁸⁸ o cuando se procede a su publicación en un lugar de acceso generalizado⁸⁹.

12. Daños derivados de la pérdida de la calidad de vida

La significativa limitación de la capacidad para realizar las actividades esenciales del día a día o las propias del desarrollo personal, ha merecido el reconocimiento jurisprudencial de una compensación económica, atendiendo a la disminución de la calidad de vida de la víctima.

La calidad de vida, entendida como bien jurídico protegido, puede ser alegada tanto por la propia víctima como por los familiares de víctimas graves que deban asumir un especial papel de tutela a través de una atención continuada. Para su apreciación, los tribunales suelen acudir a los ya mencionados baremos de tráfico en los que se establecen diferentes grados de pérdida de la calidad de vida, pudiendo adoptar su afectación un carácter, leve, moderado, grave o muy grave.

Al respecto, los tribunales suelen aplicar lo establecido en el artículo 108 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Dicha disposición considera perjuicio moral muy grave por pérdida de calidad de vida a aquél en el que el lesionado pierde su autonomía personal para realizar la casi totalidad de actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria. Por el contrario, estaremos ante un perjuicio grave cuando el lesionado pierde su autonomía personal para realizar algunas de las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o la mayor parte de sus actividades específicas de

⁸⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 8 abril de 2021.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de diciembre de 2022.

⁸⁷ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, de 25 de noviembre de 2022.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de noviembre de 2002.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de marzo de 2014.

desarrollo personal. El perjuicio moral por la pérdida de toda posibilidad de realizar una actividad laboral o profesional también se considera perjuicio grave. El perjuicio moderado es aquél en el que el lesionado pierde la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal. El perjuicio moral por la pérdida de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo también se considera perjuicio moderado.

Por último, el perjuicio leve es aquél en el que el lesionado con secuelas de más de seis puntos pierde la posibilidad de llevar a cabo actividades específicas que tengan especial trascendencia en su desarrollo personal. El perjuicio moral por la limitación o pérdida parcial de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo también se considera perjuicio leve con independencia de la valoración que se otorguen a las secuelas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BERMEJO LATRE, J. L., «La Administración y el derecho al honor», en la *Revista de Administración Pública*, 175, 2008, pp. 396 y ss.

DELGADO DEL RINCÓN, L. E., «El TEDH y las condenas a España por la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: las dificultades para alcanzar una duración óptima de los procesos judiciales» en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 569-590.

DELGADO SANCHO, C. D., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Bilbao, 2013, pp. 63 y ss.

DOMENECH PASCUAL, G., «La cuantificación de los daños morales causados por las administraciones públicas» en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I. (dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, 3ª edición, Bosch, 2023, p. 606.

LINDENBERGH, S. y VAN KIPPERSLUIS, P. M., «Nonpecuniary losses», en FAURE, M. (ed.), *Encyclopedia of law and economics. Tort law and economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, p. 215.

LUNA YERGA, A., RAMOS GONZÁLEZ, S. y MARÍN GARCÍA, I., *Guía de baremos. Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida*, InDret 3/2006, pp.7 y ss.

MAGRO SERVET, V., «La “elasticidad” en la determinación del daño moral: 30 criterios para su fijación», en *Diario LA LEY*, núm. 10559, Sección Doctrina, 3 de septiembre de 2024, LA LEY.

MARÍN GARCÍA, I., y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D., «Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo», InDret, 2/2010.

MARTÍN CASALS M. y SOLÉ FELIÚ J., «Daño moral», en CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.), *Derecho Privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, p. 858.

MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson Reuters Aranzadi, 2007.

QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.), CASARES MARCOS, A. B. (coord.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública: estudio doctrinal y ámbitos sectoriales*, Tirant lo Blanch, 2013.

ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHET, M., *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant lo Blanch, 2011, p.198.

SANTIAGO IGLESIAS, D., *La jurisprudencia y su función en el ordenamiento jurídico administrativo: un estudio desde la óptica de los principios de igualdad y seguridad jurídica*, Marcial Pons, 2021.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 386.

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN

El régimen jurídico-administrativo de las casetas de la Feria de Sevilla. Comparativa con la regulación de otras ciudades

The administrative legal framework of the tents at the Seville Fair. Comparison with the regulation of other cities

Fátima Ribas Rodríguez

Abogada y doctoranda en Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

<https://orcid.org/0009-0009-7323-0564>

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto analizar el régimen jurídico-administrativo de las casetas de la Feria de Sevilla, sus particularidades derivadas de las costumbres locales y los derechos y obligaciones de los titulares administrativos. Para ello, se realiza un estudio de la normativa aplicable a la Feria de Sevilla, así como la jurisprudencia más destacada dictada en relación con dicho evento. Asimismo, se realiza un estudio comparativo con la regulación de otras ciudades.

ABSTRACT: This work aims to analyze the administrative legal framework of the casetas or tents at the Seville Fair, their particularities derived from custom, and the rights and obligations of the administrative owners. To this end, a study of the regulations applicable to the Seville Fair is conducted, as well as a review of the most notable jurisprudence issued concerning this event. Additionally, a comparative analysis with the regulations of other cities has been performed.

PALABRAS CLAVE: Feria de Sevilla, régimen jurídico-administrativo, licencias, titulares tradicionales.

KEYWORDS: Seville Fair, administrative legal framework, licenses, traditional owners.

Recibido: 07-10-2024

Aceptado: 22-05-2025

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO LOCAL Y AL PAPEL DE LA COSTUMBRE EN LA NORMATIVA SOBRE FIESTAS LOCALES. 1. El sistema de fuentes en la regulación del dominio público local. 2. El papel de la costumbre en el derecho administrativo: su relevancia en el ámbito local. III. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CASETAS DE LA FERIA DE SEVILLA. 1. Las casetas de la Feria de Sevilla según su titularidad. 4. El disfrute de las casetas privadas: ¿uso común especial o uso privativo del dominio público? A. El uso común especial del dominio público. B. El uso privativo del dominio público. C. Las casetas privadas de la feria como uso común especial del dominio público. 5. Las particularidades del otorgamiento de las licencias de casetas de la Feria de Sevilla derivadas de la costumbre. A. Las licencias tradicionales y las de nueva adjudicación. B. El procedimiento de adjudicación de las licencias. C. Estudio comparado con el régimen de otorgamiento de licencias de casetas de feria de otros municipios españoles. IV. RÉGIMEN DE UTILIZACIÓN DE LAS CASETAS DE LA FERIA DE SEVILLA. 1. Derechos y deberes de los titulares administrativos de las casetas. 2. Las facultades de inspección y la potestad sancionadora del ayuntamiento en relación con las casetas. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Feria de Sevilla es un evento sociocultural, de carácter tradicional, que se celebra en la ciudad cada año y atrae a millones de personas¹. Las diecinueve casetas con las que contaba el recinto ferial en el año de su inauguración, esto es, en 1847, se han ampliado hasta un total de 1.057, distribuidas en una superficie de 275.000 metros cuadrados² localizada en el barrio de Los Remedios y de dominio público municipal.

Las casetas de la Feria de Sevilla tienen un régimen jurídico particular, derivado de las costumbres locales, que se recoge en la ordenanza municipal de la Feria de Sevilla (B.O.P. de Sevilla nº 295, de 23 de diciembre de 2011), que supone el ejercicio de la potestad reglamentaria y de autoorganización que le atribuye a los municipios el artículo 4.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

¹ Según los datos facilitados por el Ayuntamiento de Sevilla, en el año 2025 se contabilizaron casi tres millones de personas.

² Información disponible en <https://www.sevilla.org/fiestas-de-la-ciudad/Feria-de-sevilla/Feria-de-abril/el-recinto-Ferial/el-real-de-la-Feria>

Este régimen jurídico se complementa, en cuanto a obligaciones de los titulares administrativos de las casetas, con el previsto en la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía (LEPARA) y el Decreto 155/2018 de Consejería de Justicia e Interior, de 31 julio, por el que se aprueba el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Andalucía y se regulan sus modalidades, régimen de apertura o instalación y horarios de apertura y cierre.

Resulta conveniente analizar este régimen jurídico y los fundamentos del mismo, derivados en muchos aspectos de la costumbre y tradición intrínseca al evento de la Feria de Sevilla. Sólo con este análisis pueden comprenderse cuestiones tan relevantes como la titularidad tradicional de las casetas, que tantas veces sale a relucir en la prensa.

Además, este estudio también pretende clarificar los derechos y obligaciones que recaen sobre los titulares de las licencias de las casetas y también las prerrogativas con las que cuenta la Administración competente en la materia.

II. APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO LOCAL Y AL PAPEL DE LA COSTUMBRE EN LA NORMATIVA SOBRE FIESTAS LOCALES

1. El sistema de fuentes en la regulación del dominio público local

Con carácter previo a analizar el régimen jurídico aplicable a las casetas de feria, en este apartado realizamos una breve aproximación al sistema de fuentes que rige en la regulación del dominio público local.

En este análisis, el punto de partida debe ser la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP, en adelante), cuyo objeto es *«establecer las bases del régimen patrimonial de las Administraciones públicas, y regular, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132 de la Constitución, la administración, defensa y conservación del Patrimonio del Estado»*. Si bien, como señala su artículo 2.2, a las Comunidades Autónomas, a los entes locales y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas únicamente serán de aplicación los preceptos o partes de ellos que se recogen en la disposición final segunda de la LPAP³.

³ Tal y como afirma ESCRIBANO COLLADO, P., «El sistema de fuentes en materia de patrimonios públicos. El carácter básico de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas», HORGUÉ BAENA, C. (Dir.), Régimen Patrimonial de las Administraciones Públicas, Editorial Iustel, Madrid, 2007, p. 32, «en tales supuestos, la aparente unidad de la norma legal sólo es un espejismo, pues sus preceptos rigen en una u otra Administración, o en todas, dependiendo de su objeto, por lo que un determinado precepto

Por su parte, en Andalucía, el artículo 60.1 de su Estatuto de Autonomía, establece la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de régimen local que incluye el régimen de los bienes de dominio público (artículo 60.1.c) del Estatuto de Autonomía).

En virtud de dicha competencia se dictó la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (LBELA) y, posteriormente, el Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (RBELA).

En cuanto a la regulación de los bienes y derechos de dominio público, la LPAP establece en su artículo 5.4 que los mismos se rigen, en primer lugar, por las normas especiales que les resulten de aplicación y, a falta de ellas, por la LPAP y las normas que la desarrollen. Asimismo, se recoge como derecho supletorio las normas generales de derecho administrativo y, en último lugar, el derecho privado.

Ello es coherente con lo indicado en su exposición de motivos, en la que se afirma que, *«en todo caso, la regulación de los bienes y derechos de dominio público (...) está pensada para operar con carácter supletorio respecto de la legislación especial. La aplicación en primer grado de sus normas se producirá, por tanto, sólo en relación con aquellos bienes demaniales por afectación que carecen de una disciplina específica, señaladamente, los edificios administrativos, cuyos problemas de gestión son objeto de particular consideración en el texto, y que han servido de guía para la regulación efectuada»*.

Por tanto, los bienes de dominio público se rigen, en primer lugar, por lo dispuesto en las leyes especiales que los regulen y, supletoriamente, por la LPAP y demás normativa aplicable. En este sentido, señala MENÉNDEZ REXACH⁴, que *«la regulación del dominio público, aunque tenga carácter básico, no es de aplicación directa (salvo para los edificios administrativos), sino supletoria por la prevalencia de la legislación especial reguladora de esos bienes»*.

En conclusión, los bienes que integran el dominio público local se regirán, en primer lugar, por su legislación especial y, supletoriamente, por lo dispuesto en la normativa sobre patrimonio de las Administraciones públicas, estatal y autonómica.

es eficaz y puede ser interpretado en el contexto de la propia ley o necesita insertarse en el ámbito de otra norma autonómica o local para que pueda desplegar todo su significado o incluso eficacia».

⁴ MENÉNDEZ REXACH, Á., «El concepto de patrimonio de las Administraciones Públicas. Tipología de bienes públicos. La categoría del dominio público», HORGUÉ BAENA, C. (Dir.), *Régimen Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, p. 42.

2. El papel de la costumbre en el derecho administrativo: su relevancia en el ámbito local

Partiendo del objeto de estudio de este trabajo, debemos profundizar, además, en el papel que tiene la costumbre en el derecho administrativo y, concretamente, en la regulación de actividades tradicionales y fiestas locales de la geografía española.

La costumbre es una de las fuentes del ordenamiento jurídico español conforme al artículo 1.1 del Código Civil, añadiendo su apartado que tercero que sólo será aplicable en defecto de norma, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que sea probada.

En el ámbito del derecho administrativo la aplicación de la costumbre es muy reducido, por su vinculación con el Estado de derecho y la prevalencia del principio de legalidad en la actuación de las Administraciones públicas (artículos 1.2 y 103.1 de la Constitución española), aunque no puede obviarse que la misma juega un papel importante en el ámbito local (por todas, STS de 21 de febrero de 2007, RJ 2007\2903).

Derivado del sometimiento pleno a la ley y al derecho de la Administración pública, en derecho administrativo no caben las costumbres *secundum legem* ni *contra legem* y, en relación con la costumbre *praeter legem* o *extra legem*⁵, únicamente será admisible en relación con aquellas situaciones nacidas al margen de la actividad de la Administración (así lo dispone entre otras, la STS de 10 de enero de 1992, RJ\1992\527). Asimismo, la costumbre no puede regular materias sobre las que existe reserva de ley, de ahí que no puedan existir costumbres en el ámbito del derecho sancionador (STC 26/1994 de 27 de enero de 1994, Rec. 770/1992⁶).

La costumbre en el ámbito del derecho administrativo local adquiere una especial relevancia, por ejemplo, en relación con el régimen jurídico del aprovechamiento

⁵ Ejemplo de la aplicación de la costumbre *praeter legem* es la regulación del Concejo Abierto que recoge el artículo 29.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL): «En el régimen de Concejo Abierto, el gobierno y la administración municipales corresponden a un Alcalde y una asamblea vecinal de la que forman parte todos los electores. Ajustan su funcionamiento a los usos, costumbres y tradiciones locales y, en su defecto, a lo establecido en esta Ley y las leyes de las Comunidades Autónomas sobre régimen local».

⁶ Señala el Tribunal Constitucional en esta sentencia lo siguiente: «En este caso la remisión expresa se ha hecho a una norma reglamentaria posterior al hecho, sin que la «la costumbre del lugar» pueda servir para cumplir con las exigencias de predeterminación normativa de la conducta, ya que, aunque la costumbre sea fuente del Derecho privado (art. 9.3 C.C.) no puede nunca integrar una norma sancionadora, pues el constituyente, al utilizar el término «legislación vigente» del art. 25.1, y de acuerdo con la primigenia función política del principio de legalidad, tan solo ha legitimado a los representantes del pueblo, esto es, a las Cortes Generales para predeterminar las conductas antijurídicas que deban hacerse acreedoras de cualesquiera manifestaciones del *ius puniendi* del Estado y ello, sin perjuicio, como se ha dicho, de que las cláusulas generales abiertas de determinadas normas sancionadoras (siempre y cuando alcancen el nivel de certeza necesario) puedan ser integradas a través de la potestad reglamentaria».

de los bienes comunales (SSTS de 4 de diciembre de 2007 -Rec. 85/2005-, de 12 de enero de 2012 -Rec. 691/2008).

En relación con las actividades tradicionales y los festejos locales que se dan por toda la geografía española, la costumbre también se recoge como fuente principal de las distintas ordenanzas reguladoras. Es el caso, por ejemplo, de la regulación del Toro de la Vega de Tordesillas⁷, del Encierro de San Fermín de Pamplona⁸ o de las Fiestas Populares de Alicante⁹.

En este ámbito de los festejos locales encontramos, además, la regulación mediante ordenanza de la ocupación de bienes de dominio público, en muchos casos basada también en la costumbre, como en el supuesto de las terrazas de la Aldea del Rocío¹⁰ o en el de las casetas de la Feria de Sevilla¹¹, cuyo estudio es el objeto del presente trabajo.

⁷ Su ordenanza reguladora alude a la costumbre en varias ocasiones, por ejemplo, cuando afirma que «*esta costumbre dar suelta al toro, desde las inmediaciones de la Plaza Mayor, en la calle San Antolín, bajando dicha calle, calle Empedrado y Puente sobre el río Duero, alcance el pago de Valdegalindo y allí elija dicho toro, a su mejor conveniencia, unos de los tres itinerarios siguientes: Sur, Este u Oeste. Tomando así el viento que quisiera, y según dicha costumbre.*».

⁸ La ordenanza se basa en una costumbre popular, y así se pone de manifiesto en su Exposición de Motivos que prevé que «*el Encierro, entendido como conducción de los toros hasta los corrales de la plaza, es una tradición secular de Pamplona que se remonta hasta tiempos imposibles de fijar. En cualquier caso, no fue hasta finales del siglo XIX cuando de forma continuada comenzaron a participar corredores, iniciándose un rápido desarrollo que nos ha llevado hasta la realidad actual. El Encierro siempre se ha caracterizado por su aspecto festivo y participativo, alrededor del cual han surgido múltiples tradiciones y costumbres que han enriquecido el acervo cultural de la Ciudad y han potenciado su conocimiento y difusión hasta el punto actual, convirtiéndolo en referencia municipal. La presente ordenanza trata así de proteger la esencia de este acto que se caracteriza por el anonimato de los participantes, la conveniencia de que se desarrolle con rapidez y sin incidencias y el debido respeto a los toros y cabestros que lo protagonizan en su desplazamiento en manada.*».

⁹ Su ordenanza define estas Fiestas Populares como «*aquellas que, por su notorio raigambre y significado se configuran como un elemento sociocultural y turístico propio e identificativo de su correspondiente ámbito geográfico, que mediante la realización de una serie de manifestaciones, ritos y costumbres singulares de especial valor y reconocido prestigio, transmitidas de generación en generación, forman parte del legado cultural de la ciudad.*».

¹⁰ Esta ordenanza reconoce implícitamente una titularidad tradicional de las concesiones sobre la vía pública al afirmar que «*la configuración tradicional de las construcciones en la Aldea de El Rocío dispone la ubicación de "terrazas", al menos en su fachada principal, que ocupan suelo público de los viales colindantes. Estas ocupaciones de suelo público, otorgadas de forma implícita por el Ayuntamiento de Almonte al autorizar las construcciones promovidas en toda la Aldea, tienen una gran importancia e incidencia en su actividad social, tanto en las fechas de celebraciones festivas asociadas a la Ermita de Nuestra Señora de El Rocío como también en otras épocas de tradicional afluencia de visitantes como es la época estival. En concreto, estas terrazas suponen ámbitos de diversión y esparcimiento social, en las que de forma colectiva se participa por residentes y visitantes de las actividades lúdicas y socio-religiosas que se desarrollan en El Rocío. Como se ha indicado, con carácter general estas ocupaciones de terrenos laterales de los viales públicos de la Aldea se atribuyen directamente a los titulares de las edificaciones frente a las que se ubican, no existiendo hasta la fecha problema alguno en su adscripción (dado que se asignan por la superficie existente en cada calle y por la longitud de la propia edificación) ni, tradicionalmente, por su uso y utilización, ya que la inmensa mayoría de las edificaciones existentes en la Aldea son de carácter unifamiliar (en el caso de usos residenciales) o pertenecen a colectivos regulados por normas internas (las denominadas Casas de Hermandad).*».

¹¹ El artículo 2 de la ordenanza reguladora de la Feria de Sevilla señala que el objeto de su Título II es «*regular la tramitación de los procedimientos de otorgamiento de licencias para el uso común especial y temporal del dominio público con fines lúdicos, acorde con el uso y costumbre, en el recinto ferial y durante la celebración de la Feria de Abril.*» La

III. NATURALEZA JURÍDICA Y PARTICULARIDADES DE LAS CASETAS DE LA FERIA DE SEVILLA

1. Las casetas de la Feria de Sevilla según su titularidad

La caseta es el elemento nuclear de cualquier feria, es la estructura constructiva temporal en la que se desarrolla la actividad en sí misma, permitiendo el contacto social y el esparcimiento de los asistentes al evento. En particular, en relación con las casetas de la Feria de Sevilla, la Audiencia Provincial de Sevilla definió la caseta como la «*construcción efímera, cuidadosamente exornada por regla general y dotada de todos los elementos precisos para propiciar una estancia prolongada y a la vez relajada, en un ambiente en el que se fomenta la convivencia familiar y la relación de amistad, al tiempo en que se facilita la ampliación del área de las relaciones sociales*»¹² (Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 30 de abril de 2001, Rec. 887/2001).

La titularidad de las casetas de la Feria de Sevilla se identifica, conforme al artículo 3 de la ordenanza reguladora¹³, con la licencia del uso común especial y temporal del dominio público con fines lúdicos en el recinto ferial. Es decir, para ostentar la titularidad de una caseta se requiere que al interesado le haya sido otorgada previamente por el Ayuntamiento la licencia para la ocupación del dominio público local.

aplicación de la costumbre en las licencias que se otorgan para la ocupación del recinto ferial de Sevilla se pone de manifiesto también en diversas sentencias, como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de marzo de 2024 (Rec. de apelación 540/2023) en la que se dispone que «*la adjudicación de las casetas de Feria se efectúa de conformidad con el uso y costumbre, que son recogidos en la Ordenanza Municipal, siendo dicha costumbre auténtica fuente del Derecho, y así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de abril de 1992. Eso hace que no se pueda afirmar que la adjudicación del uso de la caseta esté sujeto a una concesión administrativa stricto sensu, sino que se trata como se afirmó en sentencia de esta Sala de 25 de enero de 1995 de un negocio jurídico atípico, que se ha configurado consuetudinariamente, ante la realidad de la existencia de un número de solicitudes de casetas muy superior a las existentes, respetándose la titularidad tradicional, reconociendo preferencia a aquellos ciudadanos que en años anteriores ya disfrutaban de la titularidad de la caseta*». Añade además el Tribunal que «*la negación de la aplicación de la costumbre en el otorgamiento anual de las casetas de Feria, y la aplicación estricta de la Ley de Bienes supondría la desestimación del recurso, por cuanto el apelante no tendría derecho a renovar la concesión de la que disfrutó para el año anterior, sino que se debería obligar al Ayuntamiento a sacar anualmente a licitación todas y cada una de las casetas de Feria y otorgarlas a las mejores ofertas efectuadas, interpretación esta absurda, que debe ser desechada*».

¹² También para comprender el carácter de la caseta podemos citar la sentencia de la AP de Sevilla, de 28 de mayo de 2014 (Rec. 4480/2013), en la que se afirmaba que «*la tradición de una caseta estriba en el fomento de las relaciones de amistad y de convivencia familiar, siendo la caseta para el socio un lugar de encuentro y convivencia con familiares y amigos, (...), pues es consustancial con la tradición y finalidad de las casetas de feria que se acuda a ellas para que constituyan durante la semana de feria como una prolongación de la propia vivienda o residencia de cada uno de los partícipes, en la que compartir junto con el núcleo familiar, con los otros amigos socios y demás invitados por ellos, unos días de fiesta, diversión, entretenimiento y esparcimiento, consolidando esas relaciones familiares y amistosas*».

¹³ Además, este precepto contempla el carácter reglado de la citada licencia, que autoriza al solicitante el ejercicio de su derecho de disfrute.

Según el artículo 11 de la ordenanza reguladora de la Feria de Sevilla se distinguen tres tipos de casetas (el artículo se refiere expresamente a las categorías de licencias de titularidad de las casetas):

- a) Las casetas privadas: pueden ser familiares o de entidades públicas o privadas.
- b) Las casetas municipales y las casetas de acceso público: las primeras son de titularidad municipal y de acceso libre. Las segundas son de entidades o particulares y de acceso libre.
- c) Las casetas comerciales (también de titularidad privada): su titularidad es de entidades mercantiles que persiguen un beneficio económico y pueden ser de entrada libre o sometida al pago de una entrada.

A estas casetas previstas en el artículo 11 de la ordenanza deben añadirse las casetas de servicio público promovidas por las administraciones públicas, reguladas en el artículo 7 de la ordenanza¹⁴.

El deber de solicitar la licencia de titularidad de la caseta se extiende tanto a los sujetos privados como a las Administraciones públicas (artículo 4 de la ordenanza reguladora).

La distinción que lleva a cabo la ordenanza entre casetas de titularidad privada y casetas municipales —o públicas—, así como la utilización de esta terminología por los vecinos de la ciudad, podría inducir a error en cuanto al régimen jurídico aplicable a las primeras¹⁵. Por ello, en el siguiente apartado se analiza el régimen jurídico del uso del dominio público por los titulares de las licencias de casetas privadas, así como las particularidades de dicho régimen, derivado de la costumbre y tradición intrínsecas al propio evento de la Feria de Sevilla.

2. El disfrute de las casetas privadas: ¿uso común especial o uso privativo del dominio público?

Como ya hemos tenido ocasión de mencionar en el anterior apartado, el disfrute de las casetas por los titulares administrativos de las licencias¹⁶ se califica, en los artículos 2 y 3.1 de la ordenanza, como un uso común y especial del dominio público

¹⁴ Según el artículo 7 de la ordenanza, «se entiende por servicio público el conjunto de servicios que se deban prestar por las administraciones públicas en el recinto ferial, para el correcto funcionamiento de la feria y que requieran para ello, disponer de espacios específicos en el recinto ferial».

¹⁵ Ello podría traer causa de la anterior ordenanza reguladora de la Feria, que sólo distinguía entre casetas privadas y casetas públicas en su artículo 56.

¹⁶ Los titulares administrativos son «a quien incumben las relaciones con la Autoridad municipal correspondiente y cuanto pudiera significar trámites oficiales para el funcionamiento de aquella, ostentando una especie de función rectora y representativa, además del control de las personas usuarias de la instalación» (sentencia de la AP de Sevilla, de 30 de abril de 2001 (Rec. 887/2001)).

local¹⁷ (artículo 2 de la ordenanza). Existen autores¹⁸, no obstante, que siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁹, han calificado este uso como uso privativo y temporal del dominio público.

La diferencia entre ambas calificaciones no es baladí, en tanto que el régimen jurídico de uno y otro presenta diferencias notables, cuestión por la que analizamos a continuación las notas características principales de cada uno de ellos, de forma que, una vez analizado el régimen jurídico particular de las casetas de la Feria de Sevilla, nos permita concluir sobre su incardinación en uno u otro.

A. El uso común especial del dominio público.

La Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (LBELA) define, en su artículo 29.3, el uso común especial del dominio público y el artículo 55.1.b) del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (RBELA) se refiere al mismo como el que *«corresponde por igual a toda la ciudadanía, de modo que el uso no impida el de los demás» pero en el que concurren «circunstancias singulares de peligrosidad, intensidad de uso u otras similares».*

En relación con esta previsión legal GONZÁLEZ RÍOS²⁰, sostiene que, si bien las circunstancias especiales que se da en este tipo de uso *«no impiden el uso del bien por los demás ciudadanos, sí que lo limitan en parte»*, por lo que *«este uso ya no va a ser libre para todos, igual y gratuito, de forma que la característica de uso común se ve relativizada».*

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su Sentencia de 21 de diciembre de 1999 (Rec. 2432/1996), para diferenciar el uso común especial del uso privativo, aludía a la intensidad del uso en concreto, en función del grado de limitación del mismo que dicha intensidad provocaba a los demás sujetos. De esta forma, si el uso no conlleva una exclusión sino una modulación (en el caso enjuiciado, instalaciones

¹⁷ Traemos de nuevo a colación la sentencia de la AP de Sevilla, de 30 de abril de 2001 (Rec. 887/2001): *«la instalación de cualquier clase de casetas exige la ocupación, siquiera sea efímera y temporal, de terreno público, la reserva de una misma superficie para ce raciones sucesivas, el cumplimiento de unas determinadas condiciones de seguridad, el sometimiento a unos ciertos cánones estéticos acordes con la tradición y costumbres sevillanas y el cumplimiento, en definitiva, de unas Ordenanzas dictadas por la Autoridad municipal, sin cuya reglamentación, el funcionamiento de los muchos centenares de casetas que se ubican a lo largo de las calles del amplísimo recinto ferial, resultaría caótico e incluso generador de riesgo. Es por ello por lo que las Ordenanzas Municipales de la Feria de abril prevén la necesidad de una Concesión o Licencia Municipal que se otorga dentro de un período temporal y cuya renovación debe solicitarse cada año mediante el pago de una Tasa, comprometiéndose el Ayuntamiento a respetar la titularidad tradicional, que no podrá ser traspasada de forma gratuita ni onerosa, ni incluso ser cedida en alquiler».*

¹⁸ Es el caso, por ejemplo, de GONZÁLEZ RÍOS, I., *El dominio público municipal: Régimen de utilización por los particulares y compañías prestadoras de servicios*, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 55.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1992 (RJ 1992/4116).

²⁰ GONZÁLEZ RÍOS, I., *El dominio público municipal...*, *op.cit.*, p. 19.

desmontables de período inferior a un año) el uso debe calificarse como común especial y no como privativo²¹.

El uso común especial se sujeta a licencia (artículo 30.2 de la LBELA) y podrá dar lugar a la exigencia de una tasa (artículo 35 LBELA y artículo 59.2 RBELA), como en efecto sucede en relación con las casetas, tanto de titularidad privada como pública, de la Feria de Sevilla²². El establecimiento de esta tasa *«puede ser un indicio de la existencia de este tipo de uso del demanio»*²³.

En cuanto a las licencias que se otorgan para el uso común especial del dominio público, destacamos lo señalado por FERNÁNDEZ GONZÁLEZ²⁴, que especifica que este tipo de licencias *«son auténticos actos de tolerancia para un uso especial del dominio, respecto al cual el particular no podría alegar derecho alguno»*. Las diferencia así de las tradicionales autorizaciones administrativas de policía, que se limitarían a declarar un derecho preexistente de los particulares²⁵.

Para lo que interesa al presente trabajo, destacamos lo señalado en el artículo 57.2 del RBELA, en el que se recoge que las licencias se otorgan a los solicitantes que reúnan las condiciones previstas en la norma, salvo que el número de las mismas fuera limitado, en cuyo caso se otorgarán en régimen de concurrencia. Esta previsión normativa es importante, en tanto que, como se estudiará en los apartados siguientes, la ordenanza reguladora de la Feria de Sevilla no recoge esta regla, sino que, basándose en las costumbres locales y en la tradición sevillana, ha previsto un sistema distinto para el otorgamiento de las licencias, aunque su número se encuentre limitado.

Además, estas licencias no serán transmisibles si se refieren a cualidades personales de los sujetos o si su número fuera limitado (artículo 57.6 RBELA).

²¹ Concretamente, esta sentencia establecía lo siguiente: *«(...) no cabe duda que las circunstancias que se tienen en cuenta para calificar como uso común especial de la vía pública mediante la instalación de quioscos a través de instalaciones desmontables y no permanentes, instalaciones de temporada inferior a un año o de carácter estacional, dada la escasa incidencia que tienen por la intensidad del uso no suponen una limitación del mismo a los demás, sino una modulación de aquéls»*.

²² De hecho, en relación con esta tasa, el artículo 3.2 de la ordenanza reguladora prevé que *«el título jurídico válido de la autorización referida será la carta de pago de la tasa correspondiente, debidamente validado (...)»*.

²³ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J., «El dominio público: continuación», en BOCANEGRA SIERRA, R. (Dir.), *Lecciones de Dominio Público*, Tercera Edición, Editorial Colex, Madrid, 1999, p. 61.

²⁴ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J., «El dominio público...», *op.cit.*, p. 61.

²⁵ En este sentido encontramos la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 1990 (RJ 1990/1283): *«(...) nadie tiene un derecho específico a la utilización especial del dominio público, siendo en general potestad de la administración al permitirlo o no mediante el otorgamiento o denegación de una autorización, ya que estas autorizaciones demaniales son auténticos actos de tolerancia para el uso especial del dominio al que el particular no puede alegar derecho alguno, y por ello son actos administrativos unilaterales discrecionales y revocables por implicar una situación jurídica discrecional y revocable, por implicar una situación jurídicamente de precario para el autorizado; pero esa regla general quiebra cuando el uso especial está reglamentado, en cuyo caso se puede tener derecho a su obtención y en la forma que la reglamentación indique»*.

Estas licencias para el uso común especial del dominio público se otorgan a salvo del derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros y no podrán otorgarse por tiempo indefinido (artículo 59 RBELA).

B. El uso privativo del dominio público.

En cuanto al uso privativo, dispone el artículo 29.4 de la LBELA que es *«el constituido por la ocupación de una porción del dominio público de modo que limite o excluya la utilización por los demás»*. En efecto, como señalan GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS²⁶, en el uso privativo, *«lo decisivo es que tal utilización excluya la de los demás, pues se reconoce en favor de una persona»*.

Sostiene GONZÁLEZ RÍOS²⁷ que lo determinante para considerar un uso como privativo es *«que el mismo requiera de obras e instalaciones, las cuales pueden ser fijas y de carácter permanente, que supongan una cierta transformación o modificación del bien, o bien, de carácter desmontables, no fijas o que no impliquen transformación de la dependencia demanial»*.

De la misma opinión es CHINCHILLA PEINADO²⁸ quien afirma que, para distinguir entre uso común especial y uso privativo, conforme a la jurisprudencia dictada en la materia y estudiando caso por caso, procede *«determinar si existe evidencia de una cierta fijeza y solidez en la instalación y una vocación de permanencia que supongan una “ocupación”, o una prolongada y consistente permanencia en la utilización del bien público de que se trate»*, en cuyo caso será un uso privativo. Sin embargo, añade este autor, la jurisprudencia también ha admitido que será uso privativo *«incluso cuando la utilización tiene un carácter marcadamente temporal, al excluir su utilización por terceros»* (por ejemplo, la utilización de una sala de titularidad municipal para la realización de una actividad privada).

El uso privativo se sujeta a concesión demanial, según lo previsto en el artículo 58.1 del RBELA, de acuerdo con la normativa sobre contratación pública y las especificidades previstas en el propio RBELA —entre otras, la exigencia de un canon por la utilización del dominio público—. Estas concesiones tienen la consideración de derechos reales administrativos y, como tales, son inscribibles en el Registro de la Propiedad (artículo 93.2 de la LPAP).

²⁶ GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Los bienes públicos. La expropiación forzosa», *Manual Básico de Derecho Administrativo, Vigésima Primera Edición*, Editorial Tecnos, Madrid, 2024, p. 1016. En el mismo sentido se pronuncia GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., «Cuestiones del régimen general del dominio público», *Derecho de los bienes públicos, Tercera Edición*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 148.

²⁷ GONZÁLEZ RÍOS, I., *El dominio público municipal...*, *op.cit.*, p. 39.

²⁸ CHINCHILLA PEINADO, J. A., «Los bienes de dominio público de las entidades locales. Especialidades», en PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (*Dir.*), *Derecho de los bienes públicos, Volumen I*, 2ª Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 258-260.

Al igual que las licencias para el uso común especial, las concesiones demaniales se otorgan a salvo del derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros y nunca por tiempo indefinido (artículo 59 RBELA).

C. Las casetas privadas de la Feria como uso común especial del dominio público.

Es opinión compartida, como ya hemos puesto de manifiesto, que las diferencias entre el uso común especial y el uso privativo pueden ser difusos en la práctica, debiendo estudiar caso por caso si estamos ante uno u otro, atendiendo a las condiciones a las que sujeta cada uso y sus características esenciales.

Encontramos una serie de notas características en el disfrute de las casetas de titularidad privada de la Feria de Sevilla que deben ser analizadas en orden a determinar si estamos, en la práctica, ante un uso privativo o ante un uso común especial del dominio público local.

El primer aspecto que debe ser analizado es la intensidad de uso por parte de los titulares de las licencias de las casetas privadas para determinar si es tal que supone la excluye su utilización por los restantes sujetos.

La intensidad de uso por parte de los titulares de las licencias vendría determinada, en el caso de las casetas privadas, por la posibilidad de que los mismos limiten la entrada y el disfrute de la caseta a una serie de personas (es decir, el hecho de que sólo los sujetos titulares administrativos o socios de una caseta²⁹ puedan disfrutar una determinada caseta). Esta posibilidad se deriva del artículo 11.B de la ordenanza, que recoge que las casetas municipales o de acceso público son de entrada libre, aspecto que no se establece para las casetas privadas y que, de hecho, no sucede durante la celebración de la Feria.

Partiendo de esta consideración, podría afirmarse que la intensidad de uso del dominio público local por parte de los titulares de las casetas privadas durante la

²⁹ El papel de los socios de la caseta, junto con el de los titulares administrativos, también se recoge en la citada sentencia de la AP de Sevilla, de 30 de abril de 2001 (Rec. 887/2001): «*Pero fácilmente ha de comprenderse que el funcionamiento de una caseta de Feria con la sola integración del titular o titulares administrativos, carecería del atractivo tradicional que es propio de esta clase de festejos, tan arraigados en la historia y costumbres sevillanas, y es por ello por lo que históricamente se viene registrando la concurrencia en estas instalaciones de personas que, sin ostentar titularidad administrativa, se agrupan cada año en las mismas casetas, cooperando con su trabajo y con su aportación económica al funcionamiento de éstas, el cual resultaría impensable sin su presencia. No se trata del simple y habitual "invitado" que concurre para disfrutar de la generosidad de quien le permite el acceso a la instalación, sin la contrapartida de la prestación de su trabajo y de su aportación económica, sino del verdadero "socio", es decir, de aquel que de forma habitual concurre a ella, aportando cada año una cantidad fija a modo de cuota, cooperando económicamente al sostenimiento de los gastos, o prestando incluso su trabajo personal en el montaje y exorno de la caseta, aportando elementos decorativos propios, ejerciendo actividades contables y cooperando, en fin, al buen funcionamiento y desarrollo de estas tradicionales instalaciones tan arraigadas en la historia sevillanas.*».

celebración del festejo excluye su disfrute por terceras personas, lo que nos podría llevar a pensar que estamos ante un uso privativo del mismo³⁰.

Ahora bien, esta intensidad de uso presenta otras particularidades que deben ponerse en relación con lo anterior para concluir sobre la naturaleza jurídica de las licencias de las casetas privadas, como son el plazo de duración de la Feria y las características técnicas de las casetas.

Así, el disfrute de las casetas por los sujetos titulares de las licencias se limita a una semana al año y se lleva a cabo mediante instalaciones desmontables. Nada obstaría a que dicha parcela municipal se utilizara para otros fines y por otros sujetos en fechas distintas a la de la celebración de la Feria, si así estuviera previsto. En contra de esta postura podría sostenerse que el respeto por la titularidad tradicional de las casetas privadas³¹ prevista en la ordenanza, que se estudiará en el siguiente apartado, podría dotar de cierta permanencia en el tiempo a esta intensidad de uso, lo que también podría encuadrarse, siguiendo a la doctrina anteriormente citada, como uso privativo del dominio público.

Por otro lado, el hecho de que el disfrute de la caseta se someta al abono de una tasa es, como hemos puesto de manifiesto *ut supra*, un indicio más de que nos encontramos ante un uso común especial y no ante un uso privativo.

Como conclusión, a pesar de que se califique en la ordenanza reguladora como un uso común especial, las licencias otorgadas a las casetas privadas de la Feria de Sevilla presentan también notas características del uso privativo del dominio público —y así en efecto se calificaba por la jurisprudencia en aplicación de la ordenanza anterior—.

3. Las particularidades del otorgamiento de las licencias de las casetas de la Feria de Sevilla derivadas de la costumbre

Las licencias que se otorgan para la titularidad de las casetas de la Feria de Sevilla presentan una serie de particularidades derivadas de la tradición y las costumbres locales, concretamente en cuanto al régimen jurídico de su otorgamiento.

³⁰ De hecho, en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1992 (Rec. 538/1989), que aplicaba, eso sí, la anterior ordenanza reguladora de la Feria de Sevilla, hizo referencia a este uso como privativo: «(...) no pudiendo quien aparezca como titular en el uso y goce privativo del dominio público en virtud de una norma basada en la tradición y conforme con la Administración serle privado de ese derecho por voluntad de un cotitular aunque ostente su derecho y traiga causa de una concesión anterior en el tiempo». También en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, de 21 de febrero de 2003 (Rec. 751/2001): «lo que se produce en el recinto ferial es la ocupación de un bien de dominio público para un efímero uso privativo, que dada su condición no puede concederse, sino que se somete a licencia y por el que se paga una tasa».

³¹ Es decir, que los titulares de la licencia en ferias anteriores tienen derecho a seguir siendo titulares en los años posteriores.

A. Las licencias tradicionales y las de nueva adjudicación.

La ordenanza reguladora distingue dos tipos de licencia para el uso común especial del dominio público que conllevan las casetas de feria (artículo 4 de la ordenanza):

- a) Licencias de carácter tradicional.
- b) Licencias de nueva adjudicación.

Las primeras se definen en el artículo 13 de la ordenanza, como aquellas que se otorgan a los interesados, a los que se reconoce la denominada «titularidad tradicional», que han sido adjudicatarios de estas de forma continuada en el tiempo, siempre que soliciten la licencia en el plazo establecido y abonen las tasas correspondientes³².

Esta particularidad del régimen jurídico de las casetas ha sido ampliamente admitida por la jurisprudencia dictada en la materia. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de marzo de 2024 (Rec. de apelación 540/2023), que cita otra del mismo Tribunal de 4 de mayo de 2006, se refería a esta titularidad tradicional de las licencias como «*un negocio jurídico atípico, que se ha configurado consuetudinariamente, ante la realidad de la existencia de un número de solicitudes de casetas muy superior a las existentes, respetándose la titularidad tradicional, reconociendo preferencia a aquellos ciudadanos que en años anteriores ya disfrutaban de la titularidad de la caseta*».

Es decir, la titularidad tradicional de las licencias es una costumbre local que se ha plasmado en la ordenanza reguladora de la Feria de Sevilla y que se aleja de lo previsto en la normativa sobre bienes de las entidades locales de Andalucía, que establece que cuando el número de licencias a otorgar fuera limitado, su otorgamiento se hará en régimen de concurrencia (artículo 57.2 RBELA), de ahí que la jurisprudencia lo califique como «negocio jurídico atípico».

En este punto, conviene también traer a colación las conclusiones a las que llegó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de febrero de 2015 (Rec. 467/2013), dictada con ocasión de la impugnación de la ordenanza reguladora de la Feria de Sevilla y que desestimó el recurso por los siguientes motivos:

a) El recurrente alegó la aplicación subordinada de la costumbre a la ley, para oponerse a la titularidad tradicional de las casetas. El Tribunal Supremo consideró que esta subordinación en el caso concreto resultaba irrelevante, pues dicha costumbre ya estaba recogida en una norma (la ordenanza), es decir, la titularidad tra-

³² Estos requisitos para ser titular tradicional de una licencia se recogen en el artículo 21.2 de la ordenanza reguladora: «*el Ayuntamiento establece el compromiso de respetar la titularidad tradicional, siempre que por los representantes de la misma se presente la solicitud correspondiente y se abonen las tasas fiscales correspondientes, dentro de los plazos establecidos para ello*».

dicional de las casetas de Feria sería una «*costumbre a la que la ley se remite*». Además, el Tribunal recordó el importante papel que juega la costumbre en la regulación de festejos locales³³.

b) El recurrente alegó que las titularidades tradicionales conllevaban autorizaciones indefinidas, contrarias a lo dispuesto en el artículo 92.3 LPAP. Frente a esta alegación, el Tribunal Supremo recordó el deber de los interesados de solicitar cada año la licencia en los plazos establecidos, así como que su otorgamiento está condicionado al pago de la correspondiente tasa³⁴. Por tanto, teniendo en cuenta que si se incumplen estas condiciones se denegaría la licencia y, además, se perdería la «titularidad tradicional», no estaríamos ante una autorización indefinida³⁵.

Por tanto, esta sentencia confirma la legalidad de la titularidad tradicional de las casetas de la Feria de Sevilla prevista en la ordenanza reguladora, que se configura como un negocio jurídico atípico derivado de las costumbres vinculadas al festejo local.

B. El procedimiento de adjudicación de las licencias.

Al existir un número limitado de casetas en el recinto ferial, las licencias de nueva adjudicación son una consecuencia de la falta de solicitud —o falta de abono de la tasa— por parte de los titulares tradicionales y así se desprende del artículo 28.1 de la ordenanza³⁶.

³³ Concretamente, la sentencia señalaba lo siguiente: «(...) lo cierto es que la ley por sí sola, como se acaba de ver, da base suficiente para adoptar el criterio de la "titularidad tradicional" a la hora de fijar el orden de otorgamiento de las autorizaciones para la instalación de las casetas de la Feria de Abril. En otras palabras, si alguien quisiera ver aquí una costumbre, se trataría en todo caso de un uso o práctica que opera por remisión expresa del art. 21 de la Ordenanza; no por su propia fuerza como fuente del derecho. Lejos de ser una auténtica costumbre, sería más bien lo que a veces se denomina una "costumbre a la que la ley se remite". Cabe añadir que, tratándose de un festejo tradicional, no es irrazonable ni arbitrario que la Administración atienda precisamente a criterios consuetudinarios para regular determinados aspectos de aquél vinculados a la tradición».

³⁴ Es una alusión al artículo 12.2 de la ordenanza reguladora, en que se establece que «el periodo de titularidad de las casetas de la Feria de Abril se otorgará para los días señalados como Feria en cada año, comenzando dicha titularidad desde que se haga efectiva el abono de la tasa fiscal correspondiente y terminando con el desmontaje de la caseta instalada».

³⁵ Sobre la pérdida de la titularidad tradicional de la licencia por falta de abono de la tasa encontramos la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 3 de Sevilla, de 10 de septiembre de 2001 (Rec. 128/2000), en la que se indicaba expresamente que esta pérdida de la licencia no es, en ningún caso, una sanción administrativa: «La tasa actúa como condición necesaria para el otorgamiento de la licencia. No existe revocación de una licencia anterior sino un mecanismo que permite la concesión otorgando una preferencia determinada por la antigüedad, pero sujeto a renovación anual. Consecuentemente, los principios invocados del Derecho sancionador no son aplicables al caso presente ni resulta necesario que por ley se regule el otorgamiento de las concesiones de casetas de Feria». En cuanto a la pérdida de titularidad tradicional por falta de presentación en plazo de la solicitud encontramos la STSJ Andalucía, de 20 de octubre de 2008 (Rec. 428/2007): «El actor conocía del plazo para solicitar la caseta y pese a ello no lo hizo, lo que no justifica en modo alguno tal proceder. Ha de tomarse en consideración el considerable número de personas y entidades pendientes de concesión de casetas en la Feria de Abril, lo que impide que se puedan admitir excusas ante las solicitudes fuera de plazo».

³⁶ Artículo 28.1 de la ordenanza: «Finalizado el plazo de pago de las tasas fiscales se determinará el número de licencias de nueva adjudicación disponibles para la Feria del año correspondiente, que será expuesto en el tablón de anuncios del Registro General y en la página web del Ayuntamiento».

El procedimiento de adjudicación de las licencias se recoge en el capítulo 4 del título I de la ordenanza reguladora y se inicia mediante solicitud del interesado (artículo 20.1 de la ordenanza).

La ordenanza distingue, en su artículo 21, cuatro modelos de solicitud:

- Solicitudes de primera petición de licencia.

- Solicitudes de renovación de petición de licencia: son aquellas que presentan los interesados que, al haber solicitado por primera vez la licencia, no se les ha otorgado la titularidad de ninguna caseta. Estas solicitudes forman parte del Registro de solicitudes de licencia de titularidad de casetas, regulado en el artículo 9.2 de la ordenanza reguladora³⁷. Este Registro es el que determina la antigüedad que se tiene en cuenta para las licencias de nueva adjudicación.

Como señala el artículo 22.2 de la ordenanza reguladora, *«la renovación de la solicitud de petición le permite al solicitante mantener o mejorar su posición en el registro de solicitud de licencias para una posible adjudicación de titularidad de caseta en la modalidad señalada en el impreso de solicitud, presentado por primera vez»*. Si no se presenta un año, la ordenanza determina que no conllevará la exclusión del Registro, sino que se respetará la antigüedad que se tenga hasta la fecha de la última solicitud de renovación.

- Solicitudes de licencia de titularidad tradicional, cuyo régimen jurídico se ha estudiado en el anterior apartado.

- Solicitudes de titularidad perdida: se presentan anualmente por los interesados que han perdido la licencia de titularidad tradicional, al no haberla solicitado en plazo o no haber abonado la tasa correspondiente. Estas solicitudes se inscriben en el Registro de licencias perdidas *«conforme a la antigüedad que tuvieron reconocida y modalidad de licencia que hubieran estado disfrutando»* (artículo 15.2 de la ordenanza).

La sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2015 (Rec. 467/2013), citada *ut supra*, también confirmó la legalidad de este precepto. En el recurso se alegaba que el otorgamiento de autorizaciones de ocupación temporal del dominio público —como las que son necesarias para la instalación de las casetas de la Feria de Abril— debía hacerse en régimen de concurrencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 92.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones públicas (LPAP) y no en la forma prevista en el artículo 21.2 de la ordenanza, esto es, con el respeto del Ayuntamiento a las licencias de titularidad tradicional que fueran solicitadas en tiempo y forma por los titulares administrativos anualmente.

³⁷ Según este precepto, *«se creará un Registro de solicitudes de licencia de titularidad de casetas que no hayan sido adjudicadas, por cada modalidad de licencia, asignándose un número de puesto en la misma, en función de los años que han venido solicitando la licencia y que determinará los años de antigüedad de la solicitud»*.

El Tribunal Supremo rechazó el motivo de impugnación por cuanto el citado precepto, a juicio del Tribunal, *«establece una serie escalonada de criterios para el otorgamiento de las autorizaciones, donde cada sucesivo criterio es subsidiario con respecto al anterior. Así, en el presente caso, es claro que el primer criterio establecido en el art. 92.1 LPAP—esto es, el otorgamiento directo— no resulta aplicable, ya que el espacio disponible para la instalación de casetas no es ilimitado. Ello conduce a tomar en consideración el siguiente criterio, que es precisamente el régimen de concurrencia defendido por el recurrente. Ocurre que este criterio sólo es exigible si han de "valorarse condiciones especiales en los solicitantes"; algo que no consta que sea preciso para la instalación de las casetas de la Feria de Abril, ni desde luego ha sido demostrado por el recurrente. Dicho esto, no es ocioso añadir que el siguiente criterio en la serie del art. 92.1 LPAP es el sorteo; pero éste no está legalmente configurado como imperativo o ineludible, pues cabe apartarse del mismo si otra cosa se establece en las correspondientes condiciones reguladoras»*.

Por tanto, como ya hemos indicado, una vez adjudicadas las licencias de titularidad tradicional, se procedería a la adjudicación de las nuevas licencias en función de las licencias disponibles³⁸.

El criterio para su adjudicación es la antigüedad, ya sea por el título tradicional o por los años de antigüedad de la solicitud de petición según el registro de solicitudes de licencia o el de licencias perdidas (artículo 29.1 de la ordenanza). En caso de que existiesen dos o más solicitudes o licencias perdidas con la misma antigüedad, se procederá a realizar un sorteo entre las mismas (artículo 29.2 de la ordenanza).

C. Estudio comparado con el régimen de otorgamiento de licencias de casetas de Feria de otros municipios españoles.

La existencia de un régimen jurídico singular en la forma de otorgamiento de las licencias de casetas, basado en las costumbres locales y en la tradición, también se da en otras ferias de la geografía española, como por ejemplo en la de la ciudad de Albacete, en la Feria del Caballo de Jerez de la Frontera (Cádiz) o en la Feria de Málaga.

El reglamento que regula la Feria de Albacete³⁹ distingue entre licencias de adjudicación directa (denominadas licencias de titularidad social) y licencias de adjudicación en régimen de concurrencia (o de titularidad comercial). Las primeras se otorgan a entidades sin ánimo de lucro que hayan resultado adjudicatarios o que sean

³⁸ Como señala el artículo 28.1 de la ordenanza reguladora, *«finalizado el plazo de pago de las tasas fiscales se determinará el número de licencias de nueva adjudicación disponibles para la Feria del año correspondiente, que será expuesto en el tablón de anuncios del Registro General y en la página web del Ayuntamiento»*. Añade el apartado segundo que *«las licencias disponibles se distribuirán de forma proporcional entre las distintas modalidades de licencias de casetas privadas y de acceso público, y el registro de licencias perdidas. Si sólo quedara una licencia disponible se atribuirá de forma alternativa, cada año, a cada una de las modalidades de casetas citadas y del registro de licencias perdidas»*.

³⁹ BOP de Albacete n.º 104, de 7 de septiembre de 2016.

solicitantes de forma continuada en ferias anteriores (artículo 9 del reglamento de la Feria de Albacete). Las segundas se otorgan en régimen de concurrencia competitiva, a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que pretendan la exposición o comercio de productos, maquinaria o mercancías (artículo 10 del reglamento)⁴⁰.

En cuanto al procedimiento de adjudicación, este reglamento en su artículo 21 establece cuatro tipos de solicitudes de licencia:

- Solicitud de renovación de licencia de ocupación por titularidad tradicional. En este punto se reconoce por el reglamento un «derecho de adjudicación directa» a los titulares tradicionales que soliciten la licencia, quienes recibirán un boletín de suscripción del espacio sujeto a tal derecho.

- Solicitud de prórroga licencia en régimen de concurrencia. Si tienen derecho de prórroga del derecho los titulares recibirán boletín de suscripción del espacio sujeto al mismo.

- Solicitud de nueva o primera adjudicación. De cualquier modalidad de licencia y zona del ferial.

- Renovación de solicitud primera adjudicación (a efectos de permanencia en el Registro de solicitudes).

Los dos primeros grupos deberán abonar la tasa correspondiente y presentar el boletín en el plazo indicado para ser adjudicatarios de la licencia.

En cuanto a los dos últimos, deberán presentar una solicitud y se someterán al procedimiento de adjudicación en régimen de concurrencia previsto en el artículo 21.D.2) del reglamento.

Cabe señalar que el régimen de adjudicación de nuevas licencias previsto en este reglamento es muy similar al establecido para la Feria de Sevilla, pues se basa en un sistema de espacios vacantes, entre otras causas, porque los titulares tradicionales o comerciales que tenían el derecho de adjudicación directa no hayan abonado la tasa o no hayan presentado el boletín en plazo (artículo 23 del reglamento).

⁴⁰ Destacamos en este sentido lo recogido en la exposición de motivos del reglamento, en el que se recoge el fundamento de esta particularidad con base en las costumbres locales: «*Los procedimientos y títulos de adjudicación de autorizaciones y licencias de uso común especial del dominio público, en el que concurren aspectos culturales como las tradiciones, usos y costumbre locales, con otros que tienen que ver más con lo lúdico y comercial. Se pasa de un régimen general de adjudicación mediante el Derecho preferente previsto en el Reglamento de 1992, a un sistema híbrido de adjudicación directa por razón de índole social y tradicional sin ánimo de lucro, y un régimen de libre concurrencia para las adjudicaciones clasificadas como comerciales. Se conjugan regímenes alternativos de adjudicación, uno de titularidad social mediante adjudicación directa y otro mercantil o comercial sometido al principio de la libre concurrencias.*»

Por su parte, la ordenanza reguladora de la Feria del Caballo de Jerez⁴¹ establece un régimen de otorgamiento de las licencias que podríamos calificar de híbrido entre el procedimiento de concurrencia y la adjudicación directa por motivos tradicionales.

En primer lugar, se distingue entre casetas tradicionales⁴² (artículo 44 de la ordenanza) y casetas no tradicionales⁴³ (artículo 45 de la ordenanza)⁴⁴.

En cuanto al procedimiento de adjudicación, se regula un procedimiento de concurrencia, que se inicia por solicitud de todos los interesados en que se les otorgue licencia para el establecimiento de una caseta en el recinto ferial, a la cual deben acompañar una memoria justificativa que será objeto de valoración conforme a los criterios previstos en el artículo 57 de la ordenanza.

El carácter híbrido de este procedimiento de adjudicación que antes se ha mencionado se extrae de lo dispuesto en el artículo 57.2 de la ordenanza, en el que se recoge el compromiso del Ayuntamiento⁴⁵ *«de mantener la presencia de los colectivos sociales, culturales, profesionales, entidades de derecho público o privado, asociaciones sin ánimo de lucro y personas físicas que tradicionalmente hayan dispuesto de caseta de feria»*⁴⁶.

Este régimen jurídico de otorgamiento de las licencias de las casetas es muy similar al previsto para la Feria de la ciudad de Málaga en su ordenanza reguladora⁴⁷. Esta norma contempla también un procedimiento de concurrencia para el otorgamiento de las licencias de las casetas en su artículo 15, aunque en su artículo 14.2 se prevé que el Ayuntamiento podrá incluir en el pliego de condiciones que rijan

⁴¹ BOP de Cádiz nº 6, de 10 de enero de 2025.

⁴² Se consideran casetas tradicionales a aquellas que *«bien por su historia o trayectoria a lo largo de pasadas ediciones de la Feria del Caballo o bien por su propuesta para nuevas ediciones de la misma, contribuye de manera notoria y destacada a mantener y fomentar aquellos valores esenciales de nuestra Feria»*.

⁴³ Serían todas aquellas en las que no concurren los requisitos para ser consideradas tradicionales.

⁴⁴ Conforme al artículo 106 de la ordenanza, todas las casetas son de acceso libre y gratuito, pudiéndose establecer por los titulares un «Día de los socios», para el uso exclusivo de la caseta para la persona titular de la licencia, con objeto de facilitar la convivencia de las personas socias, miembros o simpatizantes de aquella.

⁴⁵ No se refleja en la ordenanza la forma de cumplimiento de dicho compromiso por el ayuntamiento. El artículo 57 establece como criterio de adjudicación valorado con hasta cinco puntos *«Año de obtención de la primera de las licencias de ocupación de caseta en la Feria del Caballo, de manera ininterrumpida»*.

⁴⁶ Resulta oportuno transcribir este precepto completo, dada su singularidad y relevancia para el tema objeto de estudio: *«A fin de preservar la enraizada configuración de la Feria del Caballo que la hace tener en su conjunto una imagen y un prestigio tan valorado a nivel local, nacional e internacional, el Ayuntamiento de Jerez manifiesta su intención y contrae el compromiso de mantener la presencia de los colectivos sociales, culturales, profesionales, entidades de derecho público o privado, asociaciones sin ánimo de lucro y personas físicas que tradicionalmente hayan dispuesto de caseta de feria. Todo ello sin perjuicio del otorgamiento de licencias que, en justa competencia, pudieran corresponder a personas adjudicatarias que no lo hubieran sido anteriormente»*.

⁴⁷ BOP de Málaga nº 85, de 7 de mayo de 2025.

la licitación, *«un espacio que garantice la presencia de los colectivos sociales, entidades de derecho público o privado, asociaciones sin ánimo de lucro y personas físicas que, tradicionalmente, hayan tenido presencia en el Recinto Ferial por el periodo de tiempo que en dicho pliego se determine»*. Por tanto, la diferencia con la Feria del Caballo de Jerez radica en que mientras en esta el carácter tradicional de una caseta se asume como compromiso por el Ayuntamiento a la hora de otorgar las licencias, en Málaga se prevé como una potestad del Consistorio, que podrá o no establecer criterios de adjudicación que favorezcan a los titulares tradicionales de las licencias⁴⁸.

IV. RÉGIMEN DE UTILIZACIÓN DE LAS CASETAS DE LA FERIA DE SEVILLA

1. Derechos y deberes de los titulares administrativos de las casetas

Los titulares administrativos de las casetas de la Feria de Sevilla tienen una serie de derechos y obligaciones derivados de la normativa aplicable al citado evento.

En cuanto al derecho básico y que englobaría todos los vinculados al mismo, es el ejercicio del derecho al disfrute de la caseta de Feria, durante el período de la celebración del evento, con sujeción a los límites y condicionantes previstos en la licencia y en la normativa aplicable.

Las obligaciones ligadas a este derecho de disfrute de la caseta se prevén en distintas normas, como indicamos en la introducción del presente trabajo.

Así, existen obligaciones de carácter técnico en cuanto a la estructura y el montaje de las casetas (título IV de la ordenanza). Por citar algunas de estas obligaciones técnicas, la ordenanza regula el tamaño de los módulos y estructura de las casetas (artículo 64, 65 y 66) las pañoletas de las casetas⁴⁹ (artículos 67 y 68), la distribución interior de las casetas (artículos 74, 75 y 76), así como algunas relacionadas con la seguridad (vías de evacuación, aislamiento de determinadas instalaciones, deber de contar con extintores, etc.).

⁴⁸ Otra particularidad de la feria de Málaga es que se prohíbe para todas las casetas la exigencia de pago de entrada o consumición, por tanto, todas las casetas están abiertas al público, aunque algunas puedan contar con un servicio de admisión.

⁴⁹ El artículo 67 establece lo siguiente en relación con las pañoletas: *«La pañoleta es un elemento que, a modo de tímpano, se coloca tapando la cercha de la fachada y deberá tener las dimensiones de ésta, utilizándose para su construcción tableros de madera. La base ornamental de las pañoletas será la pintura de motivos barrocos tradicionales sobre fondo blanco, pudiendo llevar integrado el título o anagrama que defina a los titulares de la concesión administrativa. En las pañoletas se prohíbe cualquier tipo de abultado realizado con madera o cualquier otro material»*.

Por su parte, el título V de la ordenanza regula el funcionamiento de la feria, si bien esta normativa debe completarse, en lo relacionado con la obligación de los titulares de las licencias, con lo establecido en la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía (LEPARA) y el Decreto 155/2018 de Consejería de Justicia e Interior, de 31 julio, por el que se aprueba el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Andalucía y se regulan sus modalidades, régimen de apertura o instalación y horarios de apertura y cierre.

Conforme al Catálogo, la Feria de Sevilla se encuadra en los Establecimientos Públicos⁵⁰ (III), en la categoría III.2.5 «Recintos feriales y de verbenas populares» y se definen de la siguiente forma:

«Se denominarán y tendrán la consideración de recintos feriales y de verbenas populares, a efectos de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, los establecimientos públicos destinados a acoger actividades festivas populares o tradicionales.

Los recintos feriales y de verbenas populares podrán ser de iniciativa municipal, cuando sean promovidos por los propios municipios o de iniciativa privada, cuando sean promovidos y organizados por personas físicas o jurídicas ajenas al municipio.

Esta clasificación es importante en relación con los horarios de apertura y cierre del recinto ferial —y, por tanto, de las casetas—. Así, el artículo 19.3 del Decreto 155/2018 dispone, en relación con el horario de apertura y cierre de los recintos feriales, lo siguiente:

«(...) También regirá el límite de las 02:00 de cierre para los establecimientos de actividades deportivas, culturales y sociales, de establecimientos de actividades zoológicas, botánicas y geológicas y de los recintos feriales y de verbenas populares de iniciativa privada.

Los horarios de apertura y cierre de los recintos feriales y de verbenas populares de iniciativa municipal y de los establecimientos especiales para festivales serán, sin embargo, libremente determinados por los Ayuntamientos.»

En aplicación de esta disposición, el horario de apertura y cierre del recinto ferial de Sevilla y de las casetas, con la consiguiente obligación de los titulares administrativos, lo determina libremente el Ayuntamiento de Sevilla, siendo normalmente fijado de 12:00 horas a 06:00 horas.

⁵⁰ Se definen como «aquellos locales, recintos o instalaciones de pública concurrencia, sujetos a los medios de intervención administrativa que correspondan, en los que se celebren o practiquen los espectáculos públicos o las actividades recreativas recogidas en el Catálogo, de conformidad con los condicionamientos y reglas esenciales contenidos en el mismo y en la normativa de general de aplicación a esta materia».

En consecuencia, los titulares administrativos tienen la obligación de cumplir con el horario de apertura y cierre de las casetas que determine el Ayuntamiento de Sevilla, debiendo cumplir también con lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 155/2018, en el que se regula el desalojo de los establecimientos públicos⁵¹.

2. Las facultades de inspección y la potestad sancionadora del Ayuntamiento en relación con las casetas

El Ayuntamiento tiene la facultad de inspeccionar y controlar el correcto funcionamiento de las casetas y, además, podrá sancionar en caso de la comisión de infracciones tipificadas en la normativa aplicable.

Así, la ordenanza prevé actuaciones inspectoras de los servicios técnicos municipales durante el tiempo de celebración de la fiesta, por ejemplo, en relación con el control de vertido de residuos (artículo 85 de la ordenanza) o la obligación de contar con el correspondiente seguro de responsabilidad civil (artículo 103 de la ordenanza). Además, esta labor inspectora se extiende, con carácter general, a preservar las relaciones de convivencia y seguridad ciudadanas, tal y como se prevé en el artículo 105 de la ordenanza.

Las infracciones se califican en leves, graves y muy graves y las sanciones pueden consistir en multa desde 750 a 3.000 euros, dependiendo de la gravedad, pudiéndose también imponer las sanciones accesorias de pérdida o revocación de la licencia, pérdida de la titularidad tradicional o pérdida de la posición en la lista de solicitudes de licencia (artículos 110 y 111 de la ordenanza). El régimen sancionador previsto en la ordenanza debe complementarse con el previsto en los artículos 18 y siguientes de la LEPARA.

En este sentido, encontramos sentencias por infracciones cometidas durante la celebración de la Feria de Sevilla relacionadas con la falta de extintores en las casetas (STS de 19 de julio de 1988, RJ 1988/2063, de 28 de octubre de 1989, RJ 1989/7578, de 1 de octubre de 1996, RJ 1996/7174 y STSJ Andalucía, de 22 de mayo de 2019, Rec. 387/2017) o por el depósito de residuos en el exterior de la caseta (STSJ Andalucía, de 5 de diciembre de 2002, Rec. 2231/1998).

⁵¹ Artículo 21 del Decreto 155/2018: «a partir de la hora de cierre establecida, la persona responsable del establecimiento público o de la organización del espectáculo público o actividad recreativa o el personal dependiente de éstos procederá al apagado de los equipos de reproducción o amplificación sonora o audiovisuales, así como al cese de todo espectáculo público, actividad recreativa o actuación y no se servirán más consumiciones. Tampoco se permitirá la entrada de más personas y se encenderán todas las luces del establecimiento público para facilitar el desalojo, debiendo quedar totalmente vacío de público media hora después del horario permitido, sin perjuicio de las labores de recogida que sean necesarias acometer por las personas trabajadoras del establecimiento a puerta cerrada, tras el desalojo total del público».

V. CONCLUSIONES

Primera.- La instalación de casetas en el recinto ferial de Sevilla y su disfrute por los titulares administrativos de las licencias, conforme a la ordenanza, suponen un uso común especial del dominio público municipal. Sin embargo, las casetas privadas de la Feria de Sevilla también presentan notas características del uso privativo del dominio público.

Segunda.- El régimen jurídico de las licencias para el uso común especial del dominio público municipal previsto en la ordenanza reguladora de la Feria de Sevilla establece una serie de especificidades respecto del régimen general de otorgamiento de licencias cuando su número es limitado, pues parte del carácter consuetudinario de la celebración en sí misma.

Tercera.- La llamada «titularidad tradicional» de las casetas de la Feria de Sevilla se trata, en palabras del Tribunal Supremo, de «una costumbre a la que la ley se remite», por lo que no es viable alegar la subordinación de la costumbre a la ley para impugnar la misma.

Cuarta.- El particular régimen de otorgamiento de las licencias de las casetas de la Feria de Sevilla, con respeto a la titularidad tradicional, también se da en otras ferias como la de Albacete, Jerez de la Frontera y Málaga.

Quinta.- La licencia de uso común especial otorga a los titulares administrativos el derecho al disfrute de la caseta durante el período de celebración de la feria y también el cumplimiento de las obligaciones previstas en la normativa aplicable, así como su sujeción a la potestad sancionadora de la Administración.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CHINCHILLA PEINADO, J. A., «Los bienes de dominio público de las entidades locales. Especialidades», en PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLME-DA, A. (Dirs.), *Derecho de los bienes públicos, Volumen I*, 2ª edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2013.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J., «El dominio público: continuación», en BOCANEGRA SIERRA, R. (Dir.), *Lecciones de Dominio Público*, tercera edición, Editorial Colex, Madrid, 1999.

GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Los bienes públicos. La expropiación forzosa», *Manual Básico de Derecho Administrativo, vigésima primera edición*, Editorial Tecnos, Madrid, 2024.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «Cuestiones del régimen general del dominio público», *Derecho de los bienes públicos, tercera edición*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

GONZÁLEZ RÍOS, I., *El dominio público municipal: Régimen de utilización por los particulares y compañías prestadoras de servicios*, Editorial Comares, Granada, 2001.

HORGUÉ BAENA, C. (Dir.), *Régimen Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Editorial Iustel, Madrid, 2007.

RECENSIONES

El colapso de la Administración en España. Un análisis políticamente incorrecto, de Carles Ramió, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2024, ISBN 978-84-1352-983-7, 160 pp.

«Llevo más de treinta años analizando nuestras administraciones públicas y, con desazón, me veo en la obligación de denunciar que actualmente vivimos su peor momento desde la instauración de la democracia. Nuestras administraciones están inmersas en un proceso de claro declive y si no se diseñan e implantan remedios urgentes van encaminadas hacia un inevitable hundimiento. Los ciudadanos constan en su día a día, con sorpresa e indignación, el deterioro de buena parte de los servicios públicos más esenciales: sanidad, servicios sociales, trámites administrativos vitales (desde renovaciones de los documentos de identidad o de los permisos de conducir hasta la gestión de las pensiones, del paro y del ingreso mínimo vital, etc.). La pregunta es ineludible: ¿cómo hemos podido llegar de repente a este gran colapso administrativo? La respuesta es compleja, ya que la Administración pública es poliédrica».

A profundizar en ese diagnóstico y a apuntar posibles soluciones dedica su esfuerzo esta nueva obra del catedrático de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad Pompeu y Fabra Carles Ramió, autor de una obra académica con vocación divulgativa, entre cuyos títulos destacan en los últimos años los publicados en la misma editorial que el que ahora comentamos *Burocracia inteligente* (2023), *Inteligencia artificial y administración pública: robots y humanos compartiendo el servicio público* (2019), *La renovación de la función pública: estrategias para frenar la corrupción pública en España* (2016) o *La extraña pareja. La procelosa relación entre políticos y funcionarios* (2012), junto a otros como *La nueva gestión del empleo público: recursos humanos e innovación de la Administración*, junto a Miquel Salvador Serna, Tibidabo Ediciones (2018) o *La Administración pública del futuro* (Horizonte 2050), Tecnos (2017). En fin, un auténtico experto en Ciencias de la Administración que ha alternado la visión académica con la experiencia práctica directiva en el seno de la Administración, lo que se refleja siempre en sus obras, cargadas de conocimiento, perspicacia y crítica, pero también impregnadas siempre de un espíritu constructivo y reformador.

Su diagnóstico parte de la constatación de que la Administración de nuestros días debe afrontar importantes cambios. Por una parte, ha debido hacer frente a una mayor población, que sobrepasa los cuarenta y ocho millones de habitantes, caracterizada por el vertiginoso incremento de población inmigrante, demandante de servicios públicos, y a una población autóctona más envejecida, lo que implica sobreesfuerzo en servicios sociales, sanitarios y pensiones. Por otra, lo ha hecho durante el período 2009-2018 con menos efectivos, dado que la crisis económica de 2008 supuso un descenso en el número de empleados públicos con la fijación de la famosa

«tasa de reposición», si bien hay que apuntar que esa tendencia se ha invertido, y si ya en 2021 se recuperó la cifra histórica de empleados públicos, en los años posteriores ha crecido a un ritmo alto, situándose ahora en su pico histórico. Además, la Administración se ha enfrentado a desafíos como los que supusieron la gestión de la pandemia de COVID o la digitalización y ahora la introducción de la inteligencia artificial.

La Administración que ha de hacer frente a esos cambios tiene unas notabilísimas disfunciones, que este trabajo va diseccionando.

Una de ellas se refiere a la falta de una eficiente adaptación de la Administración a los nuevos paradigmas tecnológicos o a las crisis inesperadas. El autor señala que el cambio en la forma de trabajo administrativo que ha supuesto la irrupción de las nuevas tecnologías – qué decir ahora de la inteligencia artificial –, ha llevado en no pocas ocasiones a la Administración a una digitalización que ha adolecido de programación experta y sistemática, si bien aquí habría que apuntar que las experiencias son muy diversas en función del tipo de Administración e incluso del departamento al que se refiera. Además, a su juicio, en muchas ocasiones se ha hecho sin poner el ciudadano en el centro, traduciéndose en trabas como las derivadas de la llamada «brecha digital», en muchos casos, generacional, agravada aún más con la expansión sin criterio racional del teletrabajo y la consiguiente falta de atención presencial. En este sentido, pone de manifiesto cómo la crisis del COVID fue ilustrativa de la incapacidad de la Administración de adaptarse reorganizando los efectivos para reforzar los servicios más presionados con otros en forzosa inactividad, e incluso ha conllevado efectos negativos que se han extendido una vez finalizada la crisis sanitaria, como la generalización de medidas excepcionales como la no atención presencial sin cita una vez pasada la pandemia, o la presunción de que todos los ciudadanos están capacitados para relacionarse digitalmente con la Administración digital, cuando los datos demuestran que esta modalidad excluye aún hoy a casi el cuarenta por ciento de la población.

La cuestión a la que se dedica mayor atención es la de las disfuncionalidades en la gestión de los recursos humanos. Aquí el diagnóstico, no por conocido, es menos certero: una plantilla de empleados públicos envejecida, con la jubilación masiva en menos de diez años de un millón de funcionarios, desmotivada, al frente de los cuales falta un liderazgo político y un papel de enlace por parte de directivos profesionales, de modo que las decisiones organizativas estratégicas, como el sistema de selección o los perfiles de las plazas, quedan al albur de las capturas corporativas y sindicales. Se combinan así todos los ingredientes imaginables para el «mal Gobierno».

En la cúpula, se observa lo que llama la «permanente impostura política», esto es, políticos recién llegados que ocupan cargos técnicos, en muchos casos para los que no cuentan con cualificación profesional, y que en su paso fugaz por el cargo tienden a hacer *tabula rasa* respecto de la gestión del anterior equipo, con lo que ello supone de pérdida de información y de dirección estratégica. Todo ello, unido al poder desmedido corporativo y sindical en el seno de la Administración, lleva a la falta de renovación de las estructuras y estrategias administrativas y, en fin, a la inercia.

En lo que hace al personal directivo y a la «complejidad de la función directiva en la Administración», los incentivos para la recluta de perfiles profesionales acreditados son escasos: sueldos bajos en relación al sector privado, mucha exigencia horaria, con una agenda cargada de reuniones innecesarias (de «reunionitis», habla Ramió), una gran exigencia de competencias de todo tipo, empezando por la de gestión de unos recursos humanos poco moldeables, a los que dirigir y fiscalizar supone un riesgo de ser acusado de «acoso laboral», ante lo que, por la dinámica de poder sindical y lupa mediática, el directivo lleva las de perder. A ello se suma el alto grado de responsabilidad que se puede derivar de la toma de decisiones, en su caso, incluida la penal. Además, el autor alerta de la dificultad de renovación de estas élites administrativas. En su análisis, en los próximos diez años se jubilarán entre el ochenta y el noventa por ciento de los directivos, siendo así que los que ahora tienen entre cuarenta y sesenta años, llamados cronológicamente a sustituirlos, tienen por lo general poca vocación de liderazgo, y los de una franja de edad inferior comparten en un alto porcentaje una filosofía generacional de menor apego a lo laboral si es a costa de un menor disfrute en lo personal.

En cuando a la generalidad de los empleados públicos, el libro se subtitula «un análisis políticamente incorrecto», entre otros y destacadamente, por su crítica a sus privilegios y a cuando menos abulia que detecta en parte del funcionariado. El autor trata en este punto de combinar el elogio y la crítica, por un deseo de justicia y, tal vez, por no ser todo lo políticamente incorrecto que pudiera. Así, en el prólogo, considera que a la mayoría empleados públicos «magníficos y abnegados profesionales en una maquinaria claramente obsoleta y con dirección política muchas veces errática», pero a la vez reconoce que «una parte significativa de los empleados públicos han abrazado, durante los últimos años (la pandemia parece que ha ejercido de punto negativo de inflexión), el confort, el hedonismo, la desafección, el gregarismo y la desmotivación, y con ello han perdido el fulgor que permite aportar auténtico valor al servicio público. Una parte relevante de los empleados públicos manifiestan un cansancio profesional que cuesta mucho de entender cuando operan con unas condiciones laborales que son, en términos generales, magníficas y beneméritas». Ya en el análisis más detallado, desarrolla estas ideas. La desmotivación de una

parte significativa de empleados públicos es, además, contagiosa en un sistema que no premia al buen trabajador ni castiga al malo –por mucho que se intenten introducir técnicas de evaluación del desempeño, productividad y carrera horizontal, desactivadas en la práctica, singularmente, por la presión sindical–, con el efecto de agravio comparativo que supone, la falta de ejercicio de fiscalización y sanción por parte de directivos abrumados por la falta de control efectivo y por la presión sindical, la generalización de una «cultura» de los derechos y no de las obligaciones y de la queja... Todo ello contrasta con toda una panoplia de derechos que sitúa a los empleados públicos en una situación de privilegio respecto de los empleados del sector privado: comenzando por el sueldo, que es nada menos que el 45% mayor en el sector público que en el sector privado, y siguiendo por el blindaje en el empleo hasta la jubilación, los privilegios en formas de «moscosos» y «canosos» que conforman una cuasi duplicación de los días de vacaciones respecto de los trabajadores del sector privado, que no están condicionados *de facto* por la justificación de la necesidad de atender a asuntos propios o a necesidades de la mayor edad ni están supeditados a las necesidades del servicio, y que combinados estratégicamente con los días de teletrabajo llevan a una desatención a las tareas y, por ende, a los ciudadanos. Y lo anterior, en un colectivo sumamente envejecido, lo que implica, además, tendencialmente, funcionarios menos motivados, más bajas por enfermedad, más días de asuntos propios, menos adaptación tecnológica... En todo caso, el autor responsabiliza al sistema: «los responsables no son ellos a nivel individual ni colectivo, sino el sistema organizativo e institucional que fomenta de manera sutil y perversa este tipo de actitudes negativas personales y profesionales que tienen un impacto perjudicial en la calidad de nuestras administraciones públicas». En fin, es evidente, creemos, que los sistemas organizativos han de construirse de modo que eviten en lo posible las patologías que necesariamente se dan, dado que toda organización de seres humanos requiere de una función de dirección y control.

Como ocurre en todos los trabajos del profesor Carles Ramió, también este incluye, junto al diagnóstico, crítico e incluso alarmante, una buena dosis de propuesta para tratar de salvar el barco que se hunde, sintetizadas en su capítulo final, significativamente titulado «propuestas para reflotar la Administración». Desde una perspectiva general, preconiza una reinvencción de la cultura administrativa introduciendo una resiliencia positiva y la idea de cambio, colaboración, aprendizaje y conocimiento, que permitan remontar en beneficio de todos, funcionarios y ciudadanos, el descrédito social de la Administración. Para ello, articula una serie de propuestas: redimensión de la función pública y eliminación de privilegios de los empleados públicos; redefinición de sus perfiles; rediseño del sistema de atención al público híbrido, digital y presencial; nuevos procesos de selección por competencias, a implantar a la vista de la naturaleza de los puestos y de forma gradual, y apoyo en la gobernanza

de datos y la inteligencia artificial. En palabras del autor, en esto sin medias tintas, «si no atendemos, al menos, estos cinco retos, el hundimiento definitivo de la Administración va a ser inevitable y la sociedad va a sufrir».

Emilio GUICHOT REINA

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

<https://orcid.org/0000-0001-8945-4604>

Minería y comunidades autónomas: Territorio, sostenibilidad y energía. Especial referencia a Galicia, Baleares y Andalucía, ZAMORA ROSELLÓ, M.R., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, ISBN 9788410565302, 273 págs.

El sector minero se enfrenta en la actualidad a un profundo cambio, impulsado por la transición ecológica y digital. El aseguramiento de un suministro estable y sostenible de materias primas esenciales se ha vuelto una necesidad prioritaria, especialmente dado el contexto actual caracterizado por la dependencia de países externos, una cuestión de gran preocupación para la Unión Europea.

En este marco, se están implementando nuevas políticas y propuestas normativas a distintos niveles —internacional, europeo, nacional, regional y local—. Estos desafíos son analizados por ZAMORA ROSELLÓ en la presente obra desde tres enfoques clave: la perspectiva internacional, las políticas públicas y normativas, y los avances tecnológicos. Al mismo tiempo, la autora, ofrece propuestas y estrategias para abordar los retos que plantea el futuro en este sector, teniendo en cuenta en todo momento la intensa conexión de este con la ordenación del territorio, el urbanismo, la energía y la perspectiva ambiental.

El libro se estructura en cinco capítulos, además de la bibliografía y un dossier de prensa, que recoge numerosas noticias sobre el tema publicadas en diferentes periódicos.

El capítulo 1 se ocupa de la introducción. En él la autora explica el gran desafío que supone actualizar un tema básico de derecho administrativo, de carácter tradicional, como son las actividades extractivas. Estas actividades, de las cuales depende el modelo socioeconómico actual, se encuentran en plena transformación.

Seguidamente, los capítulos 2, 3 y 4 analizan tres comunidades autónomas que han sido pioneras en establecer medidas sobre actividades extractivas: Galicia, Islas Baleares y Andalucía. Por ese motivo, ZAMORA ROSELLÓ profundiza en sus iniciativas normativas y planificadoras. Además —como señala la autora—, la conveniencia de estudiar estas comunidades autónomas se debe a que reflejan diversos planteamientos en lo que respecta a la forma de abordar la materia, a través de instrumentos normativos o planificadores; y también ofrecen una amplia variedad en cuanto a las peculiaridades de cada territorio y la vinculación entre las actividades extractivas y sus recursos.

El capítulo 2 «Galicia: pionera en la elaboración de una ley autonómica» aborda la minería en Galicia, la cual goza de una importante tradición y se compone de empresas variadas, organizadas por sectores, destacando las tradicionales explotaciones de pizarra, granito, recursos energéticos y aguas minerales. La autora explica con detalle la respuesta normativa ofrecida por Galicia a sus pizarras, granitos y aguas minerales en la Ley 3/2008, de 23 de mayo, de ordenación de la minería de Galicia y en el Decreto Legislativo 1/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el

texto refundido de las disposiciones legales de la comunidad autónoma de Galicia en materia de política industrial. Tras el extenso análisis, se demuestra cómo los proyectos en el territorio gallego reflejan la capacidad de la sociedad para participar en el modelo de explotación que se aspira instaurar, sin comprometer la riqueza ambiental y garantizando un desarrollo equilibrado del territorio.

El capítulo 3 «Islas Baleares: canteras e insularidad» examina las respuestas a la específica problemática del archipiélago balear caracterizada por las explotaciones de canteras y salinas, con la puntual consideración de las claves de cada consejo insular. En particular, se estudia la Ley 10/2014, de 1 de octubre, de ordenación minera de las Illes Balears, prestando especial atención a las incompatibilidades que la actividad minera plantea al sector turístico, así como a la preocupación derivada de la dependencia estructural insular respecto a las fuentes de energía.

El capítulo 4 «Andalucía: planes y estrategias» se dedica a la minería en esta comunidad autónoma, resaltando su importante tradición minera, debido a su enorme potencial de recursos naturales. Concretamente, se analizan el Plan de Ordenación de Recursos Minerales de 2007 (con la finalidad de constituir un marco de orientación para la minería andaluza y su coordinación y compatibilidad con el marco normativo y regulador vigente) y las Estrategias Míneras Andaluzas 2020 (con el objetivo de orientar las actividades de investigación y explotación de los recursos minerales; siempre en relación con el medio ambiente, territorio y economía) y 2030 (para avanzar hacia una minería competitiva y responsable), aprobadas, respectivamente, en 2016 y 2023.

Finalmente, el capítulo 5 «Reflexiones finales» expone las valoraciones finales sobre las debilidades y fortalezas de la realidad normativa, jurisprudencial y social de las actividades extractivas en las tres comunidades autónomas analizadas.

Como puede desprenderse de lo anteriormente expuesto, nos encontramos ante un libro que constituye una valiosa aportación al tema objeto de estudio, que no solo reflexiona y analiza las iniciativas autonómicas en materia de actividades extractivas, sino que lo hace desde una perspectiva innovadora, analizando el desigual interés despertado en las Administraciones autonómicas y la evaluación de las propuestas adoptadas.

En definitiva, la presente obra, de gran utilidad y oportunidad, constituye sin duda un referente para el estudio de los desafíos jurídicos y las transformaciones de la minería actual en España.

M^a Ángeles Fernández Scagliusi
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla
<https://orcid.org/0000-0002-0260-9106>

Hacia una buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la de la estrategia y el valor de los resultados, de José María Gimeno Feliú, editorial Marcial Pons, Madrid, 2024, ISBN. 978-84-1381-816-0, 232 págs.

El artículo 103.1 de la Constitución española de 1978, como sabemos, dispone de manera clara y lograda, que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales. En dicha tarea debe presidir el criterio de la objetividad de acuerdo con principios fundamentales como el de eficacia, con pleno sometimiento a la ley y al derecho. Este precepto constituye, sin duda, un fundamento irrenunciable de la contratación pública.

Los intereses generales deberán guiar efectivamente la contratación pública. Habrá que determinar qué intereses generales. El precio, en efecto, constituye un criterio importante a tener en cuenta junto con otros como el de la calidad y la sostenibilidad. El crecimiento sostenible no puede ignorar las exigencias imperantes de carácter medioambiental, especialmente en lo que a la reducción de las emisiones de carbono se refiere. Tampoco podrán obviarse los criterios de carácter social y cultural. El concepto de desarrollo sostenible, los objetivos del desarrollo sostenible, por tanto, irradian también en la contratación pública.

El libro que ahora recensiono, del profesor de la Universidad de Zaragoza, José María Gimeno Feliú, nos ofrece una visión de la contratación pública que pretende distanciarse de interpretaciones formales, centradas excesivamente en el precio. Justifica una visión diferente a partir del derecho a un buen gobierno y administración, desde la perspectiva de una Administración democrática que sirve a los ciudadanos, en línea con el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Esta idea la desgrana en los capítulos que componen el libro, en los que analiza los elementos que cimentan la concepción contemporánea de la contratación pública en el seno de las actuales sociedades europeas, que acogen las aspiraciones sociales y medioambientales propias de todo Estado que pretende ser democrático. Antes, el lector podrá encontrar, a modo introductorio, un prólogo ofrecido por Miquel Roca Junyent y una Presentación a cargo del propio autor de la monografía, donde se avanza la idea de que toda administración pública moderna debe ser proactiva en la procura de la mejor satisfacción del interés general, por lo que la intervención administrativa en la actividad económica deberá promover un «crecimiento inteligente y socialmente responsable» (pág. 13). Para ello será necesaria una adecuada planificación, la toma en consideración de la calidad de la prestación (y de su resultado), una eficaz cooperación interadministrativa, una innovadora visión del procedimiento en cuanto a su función y objetivos donde la calidad es un paradigma destacado que atiende al mejor cumplimiento del fin público que es la causa del contrato (págs. 22

y 62). En esta empresa, el autor enfatiza a lo largo del libro que urge abandonar el modelo heredado del contrato administrativo estatal que pivota sobre privilegios, prerrogativas y potestades (por ejemplo, en la pág. 59).

En el capítulo I, que lleva por título «Contextualización de la contratación pública y su encaje interpretativo europeo», el autor realiza un diagnóstico del marco jurídico actual del derecho de la contratación pública apuntando acertadamente la evolución desde una mera perspectiva burocrática de almacenamiento de bienes a la idea de la contratación como herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o políticas públicas. Esta idea se desarrolla y concreta en el capítulo II, titulado «Calidad y valor como estrella polar de la buena administración al servicio de la ciudadanía». Enuncia toda una serie de principios, como los de eficiencia y competencia, que definirán los contornos del concepto de interés general. El principio de eficiencia no deberá observarse desde una perspectiva meramente economicista, sino que habrá que procurar la calidad del servicio. Desde esta perspectiva, el interés general puede aconsejar soluciones jurídicas distintas a las tradicionales. Puede favorecerse la calidad técnica frente al ahorro con lo que prima el valor (págs. 62, 92 y 93). En este sentido, la compra pública verde, por ejemplo, no debería contemplarse como una simple opción, sino como una prioridad en el seno de una administración pública comprometida con la necesidad de avanzar hacia un modelo de crecimiento económico inteligente cuyo objetivo prioritario es la sostenibilidad (pág. 63). El principio de competencia, por su parte, deberá encontrarse siempre al servicio del objetivo primordial de la mejor satisfacción del interés general (págs. 60 y 61). El autor expone acertadamente que, si bien no se impone un modelo de privatización de la gestión, el ordenamiento europeo sí que se posiciona por el respeto a las reglas del derecho de la competencia. Es decir, en la prestación de actividades económicas el principio de competencia tiene un papel relevante en el mercado con el objetivo de favorecer la eficiencia y calidad de los resultados de las actividades económicas (pág. 77). Los privilegios tradicionales de la Administración en esta materia quedan matizados de manera que los riesgos deberán reajustarse en las variantes de la colaboración público-privada. No es realista que la Administración transfiera unos riesgos económicos superiores a los que se asumen en el sector. Es esencial que la rentabilidad sea de mercado y que el sistema jurídico permita que sea razonable y confiable. Y en ciertos casos, agrega el autor, sería conveniente, según el tipo de prestación, la opción de una tasa de rentabilidad libre de riesgo, que se suele establecer por relación a la rentabilidad de la deuda pública a largo plazo (págs. 78 y 79).

Uno de los principios que adquiere mayor trascendencia en la actual legislación de los contratos públicos es el de integridad. Tiene que ver con los principios de imparcialidad, objetividad y prevención. Pretende preservar la ética y la probidad en el

proceso de contratación. La cultura de la prevención es especialmente importante en nuestro tiempo. Como sabemos, la pandemia de la covid-19, en el ámbito de la contratación pública, debido a las circunstancias de excepcional urgencia, ha tensado las costuras de principios tan importantes como los de transparencia, participación política o legitimidad de la división de poderes (pág. 84), tanto en España como en otros Estados de nuestro entorno, como se refleja en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Narbutas c. Lituania*, de 19 de diciembre de 2023. Por ello, habrá que evitar la participación en el proceso de contratación de los miembros del personal de las Administraciones públicas o los proveedores de servicios de contratación que tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pueda comprometer su imparcialidad e independencia. A este respecto, el profesor de la Universidad de Zaragoza recalca la importancia de los pactos de integridad que validan socialmente la correcta actuación pública, pretenden favorecer la objetividad y previenen la contaminación clientelar. El pacto de integridad vendría a ser una marca de calidad. Supone un refuerzo de la actuación ética de una Administración pública que quiere ser transparente y rendir cuentas desde la confianza en el modelo (pág. 108). La profesionalización de la contratación pública, a su juicio, puede ayudar en esta tarea al evitar la confusión de intereses políticos (pág. 105). La profesionalización además resulta un elemento imprescindible para poder cumplir con las exigencias derivadas de la compra pública estratégica (pág. 105).

El profesor Gimeno se centrará precisamente en el análisis del concepto de compra pública estratégica en el capítulo III; concepto que está intrínsecamente vinculado al derecho a una buena administración y los principios y conceptos que engloba. Así, la eficiencia en la actuación de las Administraciones Públicas debe articularse atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación, lo que refuerza la visión estratégica de la contratación pública desde la perspectiva amplia del derecho a una buena administración. El Estado interviene en la vida económica, social y política del país mediante la contratación pública. Por este motivo, debe utilizarse para orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general, lo que aconseja que en la fase de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente y política social (pág. 89).

La contratación pública no es un fin en sí misma, sino una potestad al servicio de otros fines de interés general como la estabilidad laboral, la calidad ambiental y la integración social lo que no limita la competencia y permite dar cabida a los valores superiores del derecho de la Unión Europea (pág. 91). En este sentido, la compra pública sostenible y la consecuente introducción de condiciones relacionadas con la protección del medio ambiente, como las ecoetiquetas, los productos reciclables y los sistemas de depuración de vertidos, constituyen instrumentos adecuados, aceptados desde temprano por las instituciones europeas, ya que guardan relación con la po-

lítica ambiental que se consagra en el derecho de la entidad supranacional y en el preámbulo y artículo 45 de nuestra Constitución de 1978. En este orden de consideraciones, el autor trae a colación el art. 31 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, que introduce una referencia a la sostenibilidad ambiental en la contratación pública, aplicable a la adquisición pública. Este precepto prevé articular una nueva compra pública verde desde los siguientes criterios: a) como presupuesto habilitante, los criterios medioambientales y de sostenibilidad energética se incorporarán de manera transversal y preceptiva cuando guarden relación con el objeto del contrato, deberán ser objetivos respetuosos con los principios informadores de la contratación pública y figurar, junto con la ponderación que se les atribuya, en el pliego correspondiente; b) se prevé imponer la contratación verde mediante exigencias en las especificaciones técnicas, que deberán contener los criterios de reducción de emisiones y de huella de carbono dirigidos específicamente a la lucha contra el cambio climático; y c) se contempla la sostenibilidad ambiental también como criterio de adjudicación (págs. 94 y 95), en línea con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A continuación, en el capítulo IV, titulado «Buena administración y ejecución contractual», el autor subraya la importancia de redactar pliegos de licitación que precisen las posibles incidencias de su ejecución y que sobre todo incentiven al correcto cumplimiento (pág. 112). Para dar respuesta a esta problemática los pliegos deben hacer referencia a la figura del responsable del contrato, obligatorio *ex* art. 62 LCSP para todo poder adjudicador y tipo contractual. En la ejecución de la colaboración público-privada será importante preservar la equidad en las condiciones sociales y laborales de sus trabajadores, lo que intrínsecamente va unido a una mejor calidad de la prestación (pág. 117).

El autor vuelve en este capítulo sobre la idea de la limitación de las prerrogativas y privilegios de la Administración en la actual legislación de contratación pública. Expone como ejemplo paradigmático el de la regulación del modificado del contrato, con la finalidad de evitar que una excesiva rigidez en la aplicación de lo acordado lleve a la frustración de los intereses públicos perseguidos (pág. 122). En este orden de cosas, el principio de riesgo y ventura deberá compaginarse con el necesario reequilibrio económico del contrato ante situaciones nuevas que no están relacionadas con su objeto y diseño, riesgos sobrevenidos ajenos a la correcta diligencia en la gestión empresarial que pueden ser un impedimento o un excesivo sobrecoste financiero a las inversiones, siempre que ello no entre en contradicción con principios como el de libre competencia y contradicción. Las actuaciones de reequilibrio pueden consistir, en el caso de la concesión, en un incremento de la cuantía del peaje o tarifa a percibir por el concesionario de cada usuario de la obra y afectar a otros

elementos de la contraprestación como la duración de la concesión o la introducción de un precio o indemnización a pagar por la administración concedente (pág. 120).

En fin, en los dos últimos capítulos, el V y el VI, el profesor de la Universidad de Zaragoza profundiza en los conceptos de integración y en la aplicación de los principios, conceptos y valores que fundamentan la actual contratación pública al sector de las prestaciones de salud, abundando sobre la idea de la prevalencia de la calidad asistencial frente al ahorro presupuestario. Destaca la referencia al sistema de contratación especial que prevé la normativa comunitaria de contratos. En concreto, el recurso potestativo de carácter especial del que tiene que conocer un órgano compuesto por personas verdaderamente independientes de la Administración, no siendo suficiente a este respecto el sistema de recursos contemplados en los ordenamientos para el resto de la actividad administrativa.

El libro concluye con una recapitulación en la que recuerda de manera sumaria y ordenadamente el concepto de intereses generales en materia de contratación pública expuesto a lo largo de la obra. Intereses generales cuya defensa se refuerza mediante un sistema de recursos que permita una tutela efectiva por unos órganos verdaderamente imparciales, en línea con las exigencias del art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce, como se recordará, el derecho a la tutela judicial efectiva y al juez imparcial.

Nos encontramos ante una monografía valiosa y constructiva, reflejo de una de las líneas principales del autor, en la que espiga los conceptos centrales que impregnan la actual contratación pública, sector del ordenamiento jurídico-administrativo en el que observamos una clara evolución de conformidad con las aspiraciones de la sociedad actual. Se trata de una aportación de interés para los estudiosos del derecho, estudiantes de grado y especialmente posgrado y efectivamente para las Administraciones públicas y quienes se encargan del control de la actuación de la Administración, los jueces y tribunales, que podrán encontrar y recordar en este libro verdaderos elementos de ponderación en la adopción de las decisiones que tengan en cuenta un justo y equitativo equilibrio de los intereses en juego.

Omar Bouazza Ariño

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Complutense de Madrid

<https://orcid.org/0000-0003-4348-3703>

Doctrina del tribunal administrativo de contratación pública de la Comunidad de Madrid. Milagros Arcocha Giménez (Coordinadora). Edición: noviembre 2024 El Consultor de los Ayuntamientos 2024, ISBN: 978-84-7052-971-9, 500 págs.

Estamos ante una obra interesante porque los problemas litigiosos que se plantean en torno a la fase de adjudicación de los contratos se reiteran en las distintas comunidades autónomas de forma semejante. Y en el presente libro encontramos la doctrina de uno de los tribunales de referencia. Por eso es un libro de consulta posible cuando los interesados en materia de contratación pública tengan una determinada controversia, ya que con un alto grado de probabilidad la manera en que lo ha resuelto este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid puede coincidir o puede servir de referencia para la resolución de un caso similar en otros lugares de España. Y no siempre es fácil acudir a las resoluciones de los tribunales. No queremos decir que el acceso no sea transparente, ni que sea del todo difícil acceder a los contenidos de las resoluciones de los distintos tribunales que proliferan hoy día en nuestra geografía patria. Pero sí queremos decir que este tipo de ediciones donde se aglutinan las doctrinas de un determinado tribunal simplifican sobremanera la consulta.

Según afirma la contraportada, «esta obra sistematiza, resume y aclara la posición doctrinal del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en un periodo que coincide en su segundo mandato, junio de 2018 a junio de 2024, pero cuyos posicionamientos se pueden extrapolar a todos los tribunales y a un período temporal más amplio. En definitiva, esta obra tratada de forma sistemática mediante el estudio de la materia a través de las voces que la definen es una pieza clave para el conocimiento de la adecuada forma de aplicación de las normas sobre contratación pública».

Existen algunas publicaciones similares respecto de otros tribunales, aunque no proliferan. Lo que sí proliferan son cada vez más los estudios en materia de contratación pública. Igual que hace unos años ocurrió con el derecho de los consumidores y con el medio ambiente y el urbanismo, parece que asistimos a ciertas tendencias que se van sucediendo; y en el momento actual la contratación pública se ha convertido en el tema estrella del derecho administrativo, con muchos especialistas en este ámbito contractual público. Pueden verse publicaciones de E. Gamero Casado, J. M. Gimeno Feliu, S. González Varas (de este último, Comentarios a la Ley de Contratos del sector público, tomo 3 del tratado de Derecho Administrativo, quinta edición, editorial Civitas, mayo 2024, comentando artículo por artículo de la ley citada).

En el caso de la obra objeto de recensión, la coordinación ha sido llevada por Milagros Arcocha Jiménez, que es vocal del tribunal referido y presidenta en fun-

ciones, aunque se trata de una obra colectiva, ya que intervienen también Pedro Díaz Benito como secretario del tribunal, y los vocales Sofía García Secades, Miguel González Domínguez, Miriam Hernández Jiménez. El prólogo lo realiza Elena Hernández Salguero, consejera del Tribunal de Cuentas y primera presidenta del tribunal administrativo de contratación pública de la Comunidad de Madrid. Lo edita el Consultor de los ayuntamientos.

En cuanto a los contenidos se presentan por orden alfabético. Pero el primero de ellos precisamente es uno de los más relevantes en la práctica ya que trata sobre el acceso al expediente y la confidencialidad. Pasamos después a los actos no recurribles, los criterios de adjudicación, los contratos patrimoniales, el desistimiento y la renuncia, las fórmulas para la calificación de la oferta económica, la impugnación de los pliegos, la licitación electrónica y los lotes, las mesas de contratación la modificación de los contratos,, las ofertas anormales, el perfil del contratante, las prácticas colusorias, el presupuesto base de licitación, el procedimiento negociado, las prohibiciones para contratar, los recursos sobre medios propios, la solvencia... y al final un anexo de resoluciones.

Como apunta Elena Hernández Salguero en el prólogo, «la obra además tiene una vocación decididamente práctica, sin duda es inspirada por la propia experiencia y profesionalidad de los autores, al exponer su contenido de forma sistemática por voces que identifican los principales problemas que a su vez se despliegan en subapartados atinentes a derivaciones particulares de los mismos. Sin perjuicio de esta vertiente práctica la obra sirve de punto de partida, además, como sistema de análisis de errores con un cierto enfoque evaluador de la normativa contractual puesto que detecta y analiza los principales problemas en el desarrollo del proceso de compra pública y expone la forma de abordar su solución».

Santiago González-Varas Ibáñez

Catedrático de la Universidad de Alicante

<https://orcid.org/0000-0002-9746-7840>

La Comunicación Pública: una herramienta en la gestión de los gobiernos de Iberoamérica, Concepción CAMPILLO ALHAMA (Directora) y Liliana LADRÓN DE GUEVARA MUÑOZ (coordinadora), Colección Estudios y Comentarios, Unión Iberoamericana de Municipalistas, 2022, ISBN 978-84-120411-4-9, 247 pp.

La comunicación pública en la gestión de los gobiernos de Iberoamérica se erige como una de las políticas estratégicas esenciales para gestionar, restablecer y fortalecer los vínculos entre la ciudadanía y las administraciones públicas. En todo sistema democrático la ciudadanía es la verdadera protagonista de los sistemas y procesos político-administrativos, ya que en el ejercicio de sus derechos fundamentales se manifiesta el apoyo, involucración y participación activa en la gestión de las instituciones desde una orientación neopública. Sin embargo, en determinados contextos, se impone la realidad que muestra a una ciudadanía con altos niveles de desafección política, y una gran desconfianza hacia las instituciones democráticas y sus representantes públicos.

La desafección hacia la esfera pública tiene un carácter multicausal, y constituye la consecuencia directa de esta desconfianza notable que incide gravemente en el proceso de gobernabilidad, en la incredulidad de la eficacia gubernamental y en la legitimidad de las políticas públicas. Esta circunstancia, si no se combate, puede provocar el debilitamiento de las democracias en numerosos países y favorecer que emerjan nuevos liderazgos y partidos políticos que amenazan el orden democrático.

La comunicación pública se ha consolidado como una herramienta esencial que permite explicar y justificar las decisiones políticas de cada periodo legislativo, mediante procesos como la comunicación administrativa, institucional, la gestión de relaciones informativas, la gestión de relaciones institucionales, los procesos de participación y presupuestos colaborativos, o la celebración de acontecimientos especiales con una gran proyección mediática, entre otras intervenciones. Su premisa fundamental parte del hecho de que la ciudadanía constituye el epicentro de la acción de gobierno; y, en consecuencia, debe estar informada de todas aquellas actuaciones que puedan incidir en su condición de administrados y administradas. Es así como se garantiza la transparencia democrática en el contexto político-administrativo.

Concepción Campillo Alhama, profesora titular del Dpto. de Comunicación y Psicología Social de la Universidad de Alicante y *Liliana Ladrón de Guevara Muñoz*, directora de Comunicación de la Unión Iberoamericana de Municipalistas (UIM) y coordinadora de la Red Iberoamericana de profesionales por la Comunicación Pública (IberComp), han asumido respectivamente la dirección y coordinación de esta publicación, dentro de la colección Estudios y Comentarios de UIM, que ha contado

con la colaboración de Diputación de Jaén y el Instituto Iberoamericano de Investigación Urbana y Territorial. (IUT)

En esta obra colectiva se reúne a un destacado elenco de especialistas, docentes e investigadores/as en comunicación pública, política y administrativa. Su estructura está integrada por seis capítulos que ofrecen un análisis exhaustivo e interdisciplinar sobre diferentes estrategias de comunicación para la gestión gubernamental en Iberoamérica. Desde el punto de vista temático, cada capítulo brinda perspectivas complementarias sobre cómo la comunicación puede fortalecer la legitimidad de las administraciones, gestionar la identidad territorial, la imagen y reputación de las instituciones, el desarrollo local, la resolución de situaciones de crisis (con especial atención a la pandemia de la COVID-19), la promoción de la participación colectiva o la necesidad de desarrollar estrategias de innovación, digitalización y de *Open Government* a partir de los principios de transparencia y colaboración ciudadana.

En el capítulo I, con el título «La comunicación pública como herramienta estratégica para el desarrollo local», *Liliana Ladrón de Guevara Muñoz* (Unión Iberoamericana de Municipalistas) examina cómo la crisis de credibilidad en las administraciones públicas ha afectado a la confianza ciudadana. La autora resalta la necesidad de implementar estrategias de comunicación pública que restablezcan la confianza y fortalezcan la relación entre los gobiernos y la ciudadanía. Se incide en la importancia crítica de la comunicación para salvar vidas y mantener la cohesión social durante la pandemia. Y cómo en un entorno que es volátil, incierto, complejo y ambiguo resulta vital que los gobiernos utilicen canales de comunicación oficiales y confiables para enfrentarse a situaciones de crisis y construir relaciones basadas en la confianza a largo plazo. Se incide, por otra parte, en cómo el fenómeno de la infoxicación ha aumentado la desconfianza hacia líderes y periodistas, lo que conlleva la necesidad urgente de integrar en las rutinas comunicativas fuentes de información confiables y responsables. Y se subraya que una gestión comunicacional adecuada puede actuar como un puente entre las administraciones y la ciudadanía, promoviendo la participación activa y el empoderamiento comunitario.

El capítulo II lleva como título «Creación de identidad local y modelos de comunicación para los territorios», y en él *Concepción Campillo Alhama* (Universidad de Alicante) se centra en la comunicación pública a nivel municipal, explorando la orientación neoempresarial y neopública de la Teoría de la Organización, como perspectivas contrapuestas. En la primera, se identifica a los ciudadanos como clientes, mientras que en la segunda se convierten en actores políticos y económicos activos. La autora analiza cómo estas dos perspectivas en el desarrollo de la gestión pública influyen en la gestión comunicativa de los municipios. Este análisis de la administración municipal desde un enfoque jurídico, económico y comunicacional gira

en torno a la satisfacción de las necesidades locales y la creación de identidad comunitaria. Y destaca que los ayuntamientos son el eje básico de la gestión pública debido a su proximidad e inmediatez en la toma de decisiones que afectan a la ciudadanía. La transición de modelos de gestión burocrático-tayloristas a los enfoques contemporáneos de la nueva gestión pública (NGP) ha permitido la transformación radical de las estrategias comunicativas y relacionales que se reflejan, en la propuesta, en un modelo de comunicación integrada. Este nuevo enfoque comunicativo-relacional se erige como premisa fundamental para construir una administración más inclusiva y democrática que responda de forma efectiva a las necesidades y expectativas de las comunidades locales.

En el capítulo III «Comunicación pública y gestión de riesgos», *Francisco Paniagua Rojano y Paula Vázquez Almendros* (Universidad de Málaga) abordan la gestión de crisis en el sector público, ofreciendo un interesante marco de referencia para entender las características y tipologías de las crisis de carácter institucional (naturales, tecnológicas, económicas, o de salud pública, entre otras). Se detallan las etapas del plan de comunicación de crisis y las estrategias más comunes para manejar situaciones críticas que afectan a la imagen y a la reputación de las instituciones con la identificación de riesgos potenciales, la preparación de mensajes clave y la gestión efectiva de la portavocía institucional. Y se incide, en este sentido, en la necesidad de planificar dichas estrategias de forma anticipada para minimizar el impacto de las crisis y mantener una conexión emocional efectiva con los grupos de interés. Los autores se centran además en la relevancia de una comunicación digital robusta (webs institucionales y redes sociales) para diseñar y gestionar procesos de comunicación de crisis en situaciones que requieren de enfoques específicos de comunicación, con respuestas rápidas y clarificadoras en entornos cambiantes.

El capítulo IV, con el título «Imagen y reputación: La creación de valor territorial», es una aportación de *María Gabriela Ortega Jarrín* (Análisis, Liderazgo, Estudios Políticos y Humanismo- ALEPH) donde se explora la relación entre identidad, imagen y reputación desde la perspectiva de la comunicación pública. Por una parte, la autora se refiere a la identidad territorial como un conjunto de atributos y valores que caracterizan a un lugar, y que deben ser comunicados (a nivel interno y externo) en base a objetivos estratégicos; por otra, se profundiza en los componentes fundamentales de la identidad de los territorios (tangibles e intangibles) y en las herramientas necesarias para su gestión eficaz. La identidad, la imagen, la marca y la reputación aparecen como elementos interrelacionados que contribuyen al valor territorial, cuando la identidad proyectada coincide con la imagen percibida de los grupos de interés. La marca territorial constituye así una representación tangible e intangible de la identidad, a través de elementos visuales (logotipos, colores y tipografías), y de experiencias sensoriales y emocionales que generan *engagement*. *Ortega Jarrín* propone

una metodología que permite diseñar marcas territoriales y que se refuerza con el análisis de casos vinculados a estrategias de *citymarketing*.

En el capítulo V «De la propaganda a la comunicación pública en la democracia del conocimiento», *Ángel Losada Vázquez* (Universidad Pontificia de Salamanca) examina la evolución de la comunicación pública desde la propaganda hacia un enfoque más participativo y orientado al conocimiento. Introduce como concepto la «democracia del conocimiento» para incidir en la gestión de la comunicación pública desde la transparencia, la participación ciudadana y el aprendizaje colectivo. En este contexto, la propaganda de carácter tradicional, que busca la adhesión ciudadana a través de técnicas persuasivas, se reemplaza por procesos de comunicación que promueven la comprensión y el compromiso. Y subraya que la eficacia de la comunicación pública en la era digital depende de la capacidad de las instituciones para interpretar y responder a la información del entorno, crear relaciones significativas con los públicos y gestionar la reputación de manera proactiva. *Losada Vázquez* argumenta que las administraciones deben adaptarse a los cambios tecnológicos y sociales, utilizando para ello la inteligencia contextual y la gestión relacional con los públicos prioritarios. Proporciona, además, un marco metodológico para el análisis y la toma de decisiones en los planes estratégicos de comunicación, describiendo los principales roles del DIRCOM en la gobernanza local.

Finalmente, en el capítulo VI «Innovación y digitalización en la Administración Pública», *Miguel Ángel Rodríguez Pinto y Beatriz Fernández Camacho* (Escuela Superior de Comunicación y Marketing de Granada) analizan cómo la digitalización ha transformado la comunicación pública y las relaciones con la ciudadanía. En esta contribución se discute la necesidad de desarrollar estrategias de comunicación digital en el sector público que integren las redes sociales, la creación de mensajes pertinentes y el compromiso continuo con la transparencia y la rendición de cuentas. Y se destaca, en este sentido, para la modernización administrativa, la relevancia del *Open Government* (gobierno abierto) junto con una cultura organizacional que valore la innovación y la flexibilidad. Implica la disponibilidad de información pública, la creación de canales efectivos para que las personas participen en la toma de decisiones y la cocreación de servicios públicos. La implementación de tecnologías de información y comunicación (TIC) que faciliten la interacción y el diálogo para ofrecer servicios mucho más accesibles y personalizados resultan vitales. También se analiza el impacto de la digitalización en la comunicación interna de las administraciones públicas y se enfatiza la importancia de desarrollar habilidades digitales para fomentar una cultura de aprendizaje continuo que permita la adaptación a los vertiginosos cambios tecnológicos de la era digital.

Consideramos que esta valiosa obra representa un recurso imprescindible para el estudio de la comunicación pública en la gestión gubernamental de los países de Iberoamérica como contexto de referencia. Su potencialidad para fortalecer la legitimidad de las instituciones se justifica desde una orientación neopública. Como publicación colectiva ofrece una visión teórico-práctica sumamente minuciosa de las estrategias comunicativas que se pueden implementar en la gestión de relaciones entre administraciones públicas y ciudadanía, especialmente en contextos de crisis y de desafección política. Su calidad académica viene respaldada por la interdisciplinariedad de las contribuciones, la profundidad en el desarrollo de los contenidos y la claridad expositiva, lo que la convierte en una referencia esencial para futuros trabajos de índole académico y profesional vinculados al ámbito de la comunicación pública. En tiempos donde la transparencia, la innovación y la proximidad son valores fundamentales en la esfera pública, esta obra proporciona estrategias efectivas, con una mirada regional, para mejorar la gestión político-administrativa y promover prácticas comunicativas más democráticas y participativas.

Rosa María TORRES VALDÉS

Profesora titular del Departamento de Comunicación y Psicología Social
Secretaria Académica del Instituto Universitario de Estudios Sociales de
América Latina

Universidad de Alicante

<https://orcid.org/0000-0002-4618-1527>

La intervención directa de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, de Teresa Acosta Penco, Iustel, Madrid, 2022, ISBN: 9788498904420, 270 pp.

La obra que aquí se recensiona —merecedora de la tercera edición del Premio Internacional de Investigación en Derecho Público Europeo «Luis Ortega Álvarez»— tiene por objeto analizar el régimen jurídico de la Guardia Europea de Fronteras y Costas (GEFC), la nueva agencia europea sucesora de Frontex. Se trata de un asunto de notoria importancia, si se atiende a los recientes impulsos de europeización en materia de control de fronteras exteriores, correlativos al refuerzo del mandato de la agencia.

La contribución que realiza el libro es doble: de un lado, presenta el marco jurídico al que se somete la agencia europea en su actividad; de otro, sistematiza y ordena dicho marco jurídico, de tal modo que no sólo describe la realidad normativa de la agencia, sino que también la reconstruye dogmáticamente, favoreciendo a su esclarecimiento. En este proceso la autora parte de la distinción entre dos tipos de facultades de ejecución en manos de la GEFC: normativas y operativas, dividiéndose estas últimas en actividades operativas declarativas y materiales.

Dos son las premisas teóricas en que se fundamenta la obra. Primeramente, la europeización del control de las fronteras exteriores de la Unión. La política de control de fronteras ha dejado de ser un ámbito exclusivamente nacional, gobernado por lógicas intergubernamentales, para dar importantes pasos hacia una gestión de fronteras comunitarizada. Esta circunstancia se refleja en la GEFC, cuya composición actual integra funcionarios europeos, además de guardias fronterizos nacionales. La agencia se dota así de lo más próximo hasta el momento a un verdadero cuerpo europeo de guardias de fronteras (pág. 119). La segunda de las premisas se refiere a la GEFC (y también motor) de los importantes cambios en materia de control fronterizo. Mientras que la antigua Frontex era una mera agencia de apoyo, asistencia y coordinación de las actuaciones nacionales, la GEFC ha pasado a adquirir numerosas e importantes competencias de supervisión, reacción e intervención directa en la gestión de las fronteras exteriores (pág. 126).

El examen y verificación de estos dos planteamientos generales determinan la estructura de la obra. Los dos primeros capítulos son esencialmente introductorios. La autora ofrece una visión de conjunto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (capítulo primero: «Origen y evolución del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. El modelo europeo de fronteras»); así como de los objetivos, reparto competencial y modelos de ejecución de la política de gestión de las fronteras exteriores de la Unión (capítulo segundo: «La Política común de gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea»).

Es el capítulo tercero («La Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas como órgano ejecutivo de la Unión Europea en la gestión de las fronteras exteriores») el que introduce a la nueva agencia de la Unión. Y lo hace abordando su origen, las sucesivas revisiones de su mandato, su composición y sus potestades ejecutivas. De los aspectos expuestos en este capítulo, conviene reflejar aquí dos.

Primeramente, el ya referido proyecto de supranacionalización de la gestión de las fronteras exteriores a través de la GEFC. Fenómeno que se ha visto favorecido por la reciente crisis migratoria, que hizo evidente la necesidad de nuevos modelos y estructuras de gestión de fronteras (pág. 116).

La segunda de las cuestiones está conectada con la anterior. La Agencia se ha convertido en instrumento para la comunitarización del control fronterizo. Es esta situación la que explica los cambios en su composición (pág. 118 y ss.) y la ampliación y profundización de sus facultades (pág. 120 y ss.). Sobre los cambios en su composición ya se ha dicho algo: el más importante es la creación de un cuerpo operativo de funcionarios europeos (de hasta 10.000 miembros), que actúan conjuntamente con los guardias nacionales (pág. 119). La ampliación de las facultades de la GEFC se refiere fundamentalmente a sus nuevas facultades de supervisión y reacción, así como a la posibilidad de ejercer potestades operativas de refuerzo que le permiten realizar actuaciones de naturaleza material (pág. 126).

Si en el tercer capítulo se reseña el incremento de facultades y competencias de la GEFC, la autora dedica el cuarto capítulo («La ejecución de la gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea mediante la cooperación operativa coordinada por la Agencia GEFC») al análisis de las distintas modalidades de cooperación operativa en las fronteras, y de los medios técnicos y humanos de que dispone la GEFC para su realización. Dos puntos resultan de especial interés aquí. De un lado, el análisis pormenorizado del régimen de las operaciones conjuntas e intervenciones rápidas (pág. 155 y ss.), en cuanto a su puesta en marcha, realización, suspensión y conclusión (con una breve mención también a las operaciones de salvamento, pág. 163 y ss.). De otro, el régimen de responsabilidad de los miembros de los equipos (pág. 189 y ss.). En este caso, el interés de la investigación resulta de la necesidad de un estudio que, dando cuenta de la complejidad del asunto, recogiera los distintos sistemas de responsabilidad (disciplinaria, civil y penal) de los miembros de los equipos (funcionarios de la Agencia GEFC o personal del Estado miembro de origen), así como el derecho que resulta aplicable en cada uno de los casos.

Tras una breve referencia a los agentes de coordinación (pág. 195 y ss.), también se dedican unas páginas a los medios técnicos a disposición de la agencia. En particular, acerca de su régimen posesorio, modalidades, formas de despliegue y obligaciones de contribución a los contingentes por parte de los Estados miembros (pág. 197 y ss.).

El último de los capítulos («La ejecución directa y subsidiaria de la gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea mediante la Agencia GEFC») atiende a las potestades de supervisión y de reacción por parte de la Agencia frente a incumplimientos y deficiencias de los sistemas nacionales en materia de control fronterizo.

Este capítulo y el anterior están estrechamente interconectados. El capítulo cuatro refleja el tradicional papel de la GEFC como agencia de asistencia y apoyo en las distintas modalidades de cooperación operativa al servicio de los Estados miembros. El capítulo quinto indaga acerca de la importancia, presupuestos de ejercicio y puesta en marcha de potestades ejecutivas directas por parte de la propia agencia de la Unión. Como se adelantaba en las primeras líneas, y como sostiene también la autora en su obra, la GEFC ya no solo «asiste» a los sistemas nacionales, sino también al sistema europeo de control fronterizo, en aras de asegurar su plena efectividad (pág. 205). Ambos capítulos constituyen el núcleo esencial de la obra. Con ellos la autora logra ofrecer una visión «dinámica» de la GEFC, que la explica en el contexto de su proceso de transformación. Éste es el principal mérito de la obra.

Finaliza el libro con un apartado de conclusiones, entre las que destaca la última de ellas. La autora augura que «todo resquicio de intergubernamentalidad quedará en el olvido, con el establecimiento progresivo del sistema integrado de fronteras exteriores» (pág. 261). No se pretende aquí reflexionar sobre esta cuestión. Pero sí, llegados a este punto, subrayar alguna de las contribuciones de la obra. Por una parte, en ella se ofrece un estudio pormenorizado, coherente y comprensivo del sistema de control fronterizo y su evolución, así como de las sucesivas transformaciones de la GEFC. Con ello se precisa el contenido y los límites de la supranacionalización en materia de control fronterizo y se resuelven importantes interrogantes acerca del régimen jurídico de una de las más poderosas agencias de la Administración europea (la GEFC). De otro lado, la obra constituye el punto de partida de ulteriores análisis dogmáticos sobre el régimen jurídico de ésta y de otras agencias europeas, tradicionalmente envueltas en un halo de incertidumbre. Dos elementos merecen en este sentido una mayor atención doctrinal: la delimitación de las exigencias que impone el principio de legalidad a la actuación de las agencias, y el alcance del principio de control judicial que les resulta aplicable. La obra de Teresa Acosta Penco tiene el valor de aportar claridad sobre el régimen de la GEFC y al tiempo señalar la orientación que debe tener su futuro tratamiento doctrinal.

Teresa Pareja Sánchez

Contratada predoctoral FPU

Universidad de Castilla-La Mancha

<https://orcid.org/0009-0005-1600-027X>

Régimen jurídico del teletrabajo en las Administraciones públicas, Federico A. Castillo Blanco y Juan Antonio Maldonado Molina (dirs.), editorial Dykinson, Madrid, 2024. ISBN: 978-84-1070-343-8. ISBN-E: 978-84-1070-410-7. 417 págs.

La expansión de las tecnologías de la información y la comunicación plantea un escenario sustancialmente distinto a diferentes niveles; entre otros, constituyen un medio necesario para que el teletrabajo sea una realidad, planteándose a nivel económico, social y jurídico interrogantes de trascendencia creciente en un momento de cambios incesantes que demandan una respuesta ágil para asegurar la coherencia entre realidad y ordenamiento. De hecho, la incorporación de estos avances es un elemento imprescindible porque posibilita la materialización de estas modalidades de prestación de servicios de características singulares, aunque su expansión e implantación experimentó una aceleración obvia con la irrupción de la pandemia, generando un proceso de transformación motivado por la imperativa necesidad de adaptación inmediata que requerían tales circunstancias.

Esta modalidad de prestación de servicios se ha instalado en el tejido productivo, suscitando interrogantes fundamentales en un contexto actual de transición hacia un nuevo escenario que en el que las tecnologías ocupan un lugar decisivo en la configuración de las relaciones laborales. Se trata de una transformación con implicaciones profundas y amplias, que exige del desarrollo de respuestas solventes a diferente nivel; en suma, un marco de incertidumbre en el que las aportaciones de la literatura científica resultan imprescindibles para afrontar estas dificultades emergentes y resolver sus retos consustanciales.

En este marco, la obra colectiva «Régimen jurídico del teletrabajo en las Administraciones públicas» constituye un referente esencial para la reflexión sobre la situación normativa actual y el planteamiento de soluciones a tener en cuenta en la sustanciación de reformas futuras. En concreto, se focaliza sobre las Administraciones públicas partiendo de la premisa de su consideración como un ámbito que presenta rasgos singulares que, no solo permiten su estudio de forma particular, sino que aconsejan abordar su examen particularizado desde diferentes perspectivas, por motivos de diferente índole, entre los que encontramos su obvia relevancia para la realización del «Estado social y democrático de derecho» como modelo reconocido por la Constitución española. Por consiguiente, resulta fundamental un estudio de estas características habida cuenta de la diversidad de enfoques que aglutina, permitiendo una visión integral y prospectiva, de extraordinaria utilidad, a efectos de perfilar tanto las necesidades presentes como potenciales soluciones de gran valor.

Este trabajo ha sido posible gracias a la magistral dirección de la obra asumida por el profesor FEDERICO A. CASTILLO BLANCO, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada; y el profesor JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la misma Universidad. Se trata de investigadores excelentes con una dilatada experiencia que han hecho posible la estratégica articulación de las líneas temáticas de la obra, perfectamente asumidas y materializadas a través de los encomiables trabajos aportados por cada uno de los autores que, conjuntamente, conforman y perfilan su cuerpo crítico de forma sobresaliente. Además, es importante destacar que este estudio ha sido desarrollado en el seno del proyecto de investigación «Nuevas formas de organización y prestación de los servicios públicos en una Administración digital: especial referencia al teletrabajo» (TED2021-131550B-I00), cuyo investigador principal es el citado profesor Federico A. Castillo Blanco.

El libro está estructurado en diez capítulos, cada uno de ellos a cargo de un autor, abordando aspectos concretos relacionados con el teletrabajo en el marco de la Administración pública que, en común, ofrecen al lector una visión panorámica de la situación de esta modalidad de prestación de servicios. En la obra se pueden diferenciar dos partes bien delimitadas: la primera, focalizada sobre el derecho español, que abarca hasta el capítulo séptimo, inclusive; y la segunda, que comprende un análisis internacional, incluye los restantes. El resultado es una visión holística e integrada del núcleo temático tratado, alcanzando aspectos concretos y detallados que evidencian el carácter exhaustivo de este trabajo colectivo en el estudio de los interrogantes claves del teletrabajo en las Administraciones públicas.

El primer capítulo, realizado por el investigador ÁNGEL MARTÍN-LAGOS CARRERAS, aborda el «Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo del teletrabajo». Esta aportación constituye el punto de partida ideal para una obra de estas características porque ofrece una apertura a través de un acercamiento a la realidad de la Administración digital como contexto tecnológico en el que se despliega esta modalidad de prestación de servicios, explicando las singularidades que plantea en la actualidad. Se trata de una cuestión relevante habida cuenta que, si bien los avances tecnológicos han ocasionado cambios con impacto sobre la sociedad general, el teletrabajo en las Administraciones públicas tiene unos perfiles propios que justifican la necesidad de exponer sus rasgos esenciales y explicar sus implicaciones en diferente sentido. Partiendo de estas consideraciones, el autor prosigue abordando su situación regulatoria a nivel laboral, en general, y en las Administraciones públicas españolas, en particular; este acertado enfoque permite explicar la motivación que subyace a la respuesta normativa actual. Finalmente, este capítulo analiza el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo del teletrabajo a través de un estudio en detalle del art. 47 bis del

Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, que supone el auténtico núcleo de esta aportación a la obra colectiva. Este autor plantea una valoración crítica de la situación jurídica actual que considera como un punto de arranque a partir del que acometer reformas en ciertos aspectos que entiende esenciales, manifestando la necesidad de proseguir en el despliegue de referentes normativos habida cuenta de determinadas cuestiones pendientes de resolución.

El segundo capítulo, bajo el título «Procedimiento de autorización y duración del teletrabajo», es elaborado por el profesor FEDERICO A. CASTILLO BLANCO. En su aportación a esta obra colectiva, este autor aborda de forma preliminar la consideración del teletrabajo como un derecho de los empleados públicos, aspecto que es examinado de forma prolija a través de un análisis conjunto de normativa, jurisprudencia y doctrina científica. A continuación, examina el procedimiento de autorización a través de sus plazos, requisitos, iniciación, instrucción y finalización; seguidamente, aborda su duración a través del estudio de sus regímenes de extinción y renuncia, examinando los supuestos de suspensión y modificación de la prestación de servicios bajo esta modalidad, al igual que la extinción de la autorización, focalizándose particularmente sobre el supuesto de su revocación. Estamos ante un estudio exhaustivo que, en sus conclusiones, conecta el planteamiento del teletrabajo como un derecho de los empleados públicos con la investigación normativa posteriormente desarrollada, aportando diferentes observaciones de enorme interés tanto desde una perspectiva científica como a efectos de la evolución de la situación regulatoria presente a nivel administrativo.

En el tercer capítulo, la profesora RAQUEL VIDA FERNÁNDEZ aborda el «Régimen de prestación de servicios en el teletrabajo: derechos y obligaciones». Se trata de un estudio perfectamente planteado que arranca desde una aproximación a su situación en el empleo público español y el trazado de las notas básicas que recibe esta modalidad de prestación de servicios en el Estatuto Básico del Empleado Público, para examinar a continuación las condiciones vigentes para estos trabajadores en remoto desde una óptica crítica. Este estudio minucioso concibe la transición hacia este modelo prestacional encuadrado en la transformación experimentada por la sociedad en general; desde esta lectura, plantea la importancia de abordar de forma eficiente los problemas técnicos concretos que puedan suscitarse, apuntando las necesidades que irremisiblemente deben solventarse en este proceso de cambio para asegurar el desarrollo de una transición con todas las garantías para los empleados públicos.

Seguidamente, el cuarto capítulo de la obra, a cargo del profesor JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA, lleva por título: «La prevención de riesgos laborales en el teletrabajo del sector público». Esta aportación está organizada en dos bloques claramente diferenciados: en primer lugar, aborda el marco regulador relativo a este

núcleo temático; y, en segundo, examina los diferentes riesgos derivados el teletrabajo en sentido amplio, comprendiendo tanto las condiciones de seguridad, como los vinculados a la carga de trabajo, así como los de naturaleza psicosocial. En este apartado cabe identificar varias cuestiones de interés que, desde una óptica eminentemente preventiva, instan a reflexionar sobre la respuesta normativa vigente como referente a partir del que plantear posibles reformas que permitan el progreso hacia unas condiciones adecuadas de seguridad para estos trabajadores en las que tales riesgos resulten correctamente gestionados. Entre estos aspectos, cabe reseñar la cuestión de las jornadas sin delimitar y la problemática hiperconexión, que trata a través del derecho a la desconexión digital como clave de bóveda para afrontar tales riesgos.

Respecto al capítulo quinto, el profesor JAVIER E. QUESADA LUMBRERAS examina los «Requisitos técnicos y estructurales para la prestación de servicios en el teletrabajo» a través de un estudio que versa sobre determinados derechos relativos a los soportes telemáticos a utilizar en el desempleo de sus funciones; el derecho a la intimidad, particularmente focalizado sobre la cuestión antes planteada de la desconexión digital, así como los deberes de protección de datos y de confidencialidad; el derecho-deber a la formación especializada consustancial al recurso a las tecnologías de la información y la comunicación; y, finalmente, el aspecto concreto de la determinación de objetivos y el posterior control o evaluación de su cumplimiento. Desde esta perspectiva, en la misma línea que otras aportaciones de esta obra, el teletrabajo plantea una serie de retos que hay que abordar irremisiblemente porque estamos inmersos en un proceso de cambio caracterizado por su irretroactividad, de modo que el ordenamiento jurídico debe ofrecer de forma inexorable una respuesta a la altura de las necesidades patentes en este colectivo de empleados públicos.

El capítulo sexto aborda «La dimensión fiscal del teletrabajo desde la perspectiva internacional e interna» en un estudio desarrollado por la profesora ANTONIA JABALERA RODRÍGUEZ. Esta autora destaca el importante problema que supone la expansión de dicho modelo prestacional de servicios en un marco regulatorio que resulta insuficiente a nivel fiscal; partiendo de esta hipótesis, examina en detalle la situación normativa actual para identificar las deficiencias concretas que, por tanto, exigen de la actuación perentoria del legislador. A través de sus páginas, trata la fiscalidad del teletrabajo desde una perspectiva internacional y nacional, con particular detenimiento en una lectura en clave fiscal de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de Trabajo a Distancia. Estamos ante un estudio sobresaliente y detallado que plantea importantes observaciones críticas que, en conjunto, identifican ciertos problemas de enorme interés a efectos de afrontar las reformas necesarias a acometer en el marco fiscal para su adaptación a esta nueva realidad laboral. Una cuestión de enorme interés habida cuenta de la necesidad de articular un marco fiscal que resulte cohe-

rente con la expansión de las tecnologías de la información y la comunicación en el contexto de la sociedad digital.

Seguidamente, el capítulo séptimo examina «El trabajo y la desamortización del siglo XXI» en una aportación a cargo del profesor JOAN AMENÓS ÁLAMO. Se trata de un análisis en torno al proceso evolutivo experimentado a través del tiempo por la gestión inmobiliaria como soporte físico para el despliegue de la actividad laboral por las Administraciones públicas. Este trabajo aborda la situación precedente, analiza las repercusiones derivadas del teletrabajo y sus efectos en el desdoblamiento de los espacios de trabajo, y finaliza con determinadas consideraciones jurídicas a modo de conclusiones. En concreto, evidencia que estamos ante un proceso de transformación patente en los cambios vinculados al teletrabajo que tendrá importantes implicaciones sobre los espacios de trabajo en el ámbito público, planteando la existencia de un clima de incertidumbre en el que, a juicio del autor, habría que destacar dos factores esenciales y decisivos: el papel de la inteligencia artificial y la opción, por definir, de las generaciones futuras. Por tanto, estamos ante un trabajo excelente y perfectamente planteado que permite apreciar el proceso de cambio en sentido transversal en el que están inmersas las Administraciones públicas y sus implicaciones sociales venideras como una cuestión destacada sobre la que es necesario poner el foco.

El análisis en clave internacional comienza con el octavo capítulo, titulado «*Il "laboro agile" nella pubblica amministrazione italiana*», elaborado por la profesora ELISA D'ALTERIO. Como es posible apreciar en tal rúbrica, este trabajo de investigación parte de la interesante distinción singular en el contexto italiano entre *telelavoro* y *lavoro agile*, planteando la segunda modalidad unas características particulares consustanciales a su condición innovadora sobre la que se focaliza la autora en su participación en esta obra colectiva. Concretamente, tras exponer las notas propias de esta modalidad de prestación de servicios, aborda los importantes problemas que plantea en su encuadre dentro de la cultura organizativa propia del sistema administrativo italiano. Este estudio integra una interesante mirada hacia el ordenamiento italiano y la realidad del teletrabajo en su Administración con relevantes implicaciones desde la perspectiva de su lectura a través de la distinción mencionada, constituyendo una valiosa aportación.

Seguidamente, el noveno capítulo a cargo del profesor MÁRIO SIMÕES BARATA y el investigador ANTÓNIO LUÍS BENTES D'OLIVEIRA, lleva por título «*O regime jurídico do teletrabalho na administração pública portuguesa*». Este trabajo presenta un examen integral del teletrabajo en el contexto portugués a través de un estudio general de los diferentes aspectos que contempla su régimen jurídico. En concreto, los autores hacen un llamamiento a las singularidades que presenta en el ámbito público, destacando la necesidad de que el legislador replantee las soluciones normativas vigentes en favor

del desarrollo de un marco jurídico adecuado que se adapte a las necesidades presentes de modo que, como resultado, resulten garantizadas unas condiciones idóneas para los empleados públicos, debiendo observarse las particularidades que plantea el trabajo a distancia en el contexto de la Administración pública portuguesa. Este estudio panorámico supone una aportación de interés porque permite abordar una lectura en clave comparativa de las soluciones articuladas por diferentes Estados frente al teletrabajo en el contexto de la Administración pública.

Por último, el décimo capítulo sobre «Teletrabajo en el sector público: hacia una forma de prestación del servicio público en Latinoamérica», elaborado por el profesor MIRKO A. MALDONADO MELÉNDEZ, constituye el cierre de la obra. Estamos ante un estudio amplio que integra determinadas reflexiones sobre el propio concepto de teletrabajo como punto de inicio para, seguidamente, examinar su proceso de evolución en el contexto de la Administración pública en el paso desde el trabajo a distancia hacia dicha modalidad prestacional. En el marco de este análisis, el autor aborda algunas cuestiones relevantes desde una perspectiva normativa como el reconocimiento determinados derechos fundamentales, con especial énfasis sobre la desconexión digital, intimidad y privacidad; además, expone los principios que deben sustentar el teletrabajo en el contexto del sector público y los requisitos consustanciales a la actividad en este ámbito como referentes para alcanzar una situación de eficiencia y eficacia. Esta investigación también incorpora un examen del estado de la cuestión en diferentes países, entre los que encontramos: Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, Paraguay y Uruguay; así como incorpora reflexiones específicas en torno al papel desempeñado por las Cartas Iberoamericanas desde su concepción como referentes normativos del teletrabajo en este tránsito hacia un modelo de Administración innovadora.

En definitiva, nos encontramos ante una excelente obra colectiva que examina determinados aspectos fundamentales en clave crítica a través de las sobresalientes aportaciones de sus autores. Su examen del teletrabajo focalizado sobre el ámbito de las Administraciones públicas permite obtener una visión exhaustiva y rigurosa de las cuestiones pendientes de resolución en este ámbito particular, aportando una mirada desde diferentes sectores del ordenamiento que, en su lectura conjunta, brinda una panorámica excepcional de los distintos problemas que presenta esta modalidad de prestación de servicios. Se trata de un libro clave en nuestros días habida cuenta de la relevancia del teletrabajo y los problemas emergentes ante los que se encuentra el legislador, de modo que las propuestas aglutinadas a lo largo de sus páginas conforman una suerte de hoja de ruta, de particular utilidad a efectos de emprender reformas futuras encaminadas a la articulación de un marco regulador solvente y acorde al nuevo panorama laboral. Igualmente, estamos ante una meritoria contribución a

la literatura científica en esta materia, llamada a convertirse en obra de referencia en su campo temático que, a través de sus aportaciones, arroja luz sobre ciertos temas nucleares en torno a esta modalidad de prestaciones de servicios mediante las tecnologías de la información y la comunicación.

Juan José ROMERO ABOLAFIO

Profesor Permanente Laboral (LOSU)

Universidad de Granada

<https://orcid.org/0000-0002-5328-1139>

El sistema administrativo del clima, Antonio Fortes Martín, Dykinson, 2025, ISBN 9788410709836, 545 pp.

El cambio climático es uno de los principales problemas ambientales al que debe enfrentarse la humanidad, con significativas y crecientes repercusiones sociales y económicas. Siendo un problema de carácter global, exponencial y persistente, la obra que recensamos sitúa el interés en el clima como objeto jurídico, como un bien jurídico intangible necesitado también de protección. Y es que, pese al mayor protagonismo depositado sobre la acción y el efecto del cambio climático, el enfoque jurídico debe descansar sobre el clima.

En esta obra el profesor Fortes ofrece a sus lectores la visión de en qué medida el clima ha impactado hasta ahora en nuestro sistema administrativo propio. Es decir, pretende mostrar cómo el paradigma climático cada vez se encuentra más presente en el sistema «operativo» administrativo desde diversos planos y manifestaciones representativas de su ciclo vital. El propósito de esta obra es realizar una sistematización jurídico-administrativa de los detalles del clima, una sistematización que surge de la posible adecuación del contenido de las normas y actos del derecho administrativo a las determinaciones sustantivas que el fenómeno del clima y su variación proporcionan. A juicio del autor, los detalles del clima parten para un jurista de la máxima que sostiene que la esencia de la tarea investigadora es el riesgo y la incertidumbre (intelectual) dentro del marco de la llamada ciencia posnormal, ya que uno de los rasgos característicos de la investigación universitaria es su naturaleza dilemática.

Con esta finalidad, el autor estructura la obra en tres grandes partes. En la primera de ellas se abordan las bases jurídicas para la definición de un sistema administrativo del clima. La Administración pública y el derecho administrativo se enfrentan a nuevos retos en materias de diversa índole, como la energética, ambiental, alimentaria, sanitaria, tecnológica o de inteligencia artificial que obligan a replantearse su propia definición y alcance tal y como hasta ahora lo hemos concebido.

El concepto de desarrollo sostenible, que hasta tiempo reciente se asociaba a países con un nivel menor de desarrollo, ya no se debe ver limitado a este ámbito, sino que se plantea como un desafío global que afecta a toda la ciudadanía. Es por ello que la cooperación para el desarrollo se enfrenta en la actualidad a una agenda más compleja, que incluye el establecimiento de sistemas socialmente inclusivos, la reducción de la pobreza y las desigualdades en diversos ámbitos, la descarbonización y la sostenibilidad ambiental, el buen uso de la innovación y las tecnologías, así como la transición justa en los ámbitos socioeconómico, digital y ecológico, entre otros.

La gestión de los riesgos y, en particular, la gestión del riesgo climático, es una de las señas de identidad de la llamada sociedad del riesgo global. En términos jurídi-

cos, el clima y las variaciones climáticas constituyen un fenómeno inevitable de nuestra sociedad que, aunque en un principio pareciese quedar al margen de la realidad jurídica, siempre ha sido considerado por el derecho. Y es que resulta incuestionable que el clima, al igual que lo fueron otros riesgos y desastres naturales anteriormente, ha penetrado en el derecho como un objeto específico, aportando una dimensión de facticidad al derecho.

Durante los últimos años hemos podido constatar que, aunque no vivamos en un escenario de alarma climática, el peligro de emergencia climática se ha convertido en una realidad que inevitablemente habita ya entre nosotros. Nuestro país, a pesar de su buena climatología, su estilo de vida y la dieta mediterránea –activos estos que le permiten situarse como una potencia turística a nivel mundial– se encuentra en una de las posiciones a nivel global más vulnerables frente a la variación climática por sus particularidades geofísicas y diversidad climatológica, su situación geográfica y sus características socioeconómicas. El autor nos muestra cómo hemos asistido recientemente a un proceso de «administrativización» del fenómeno climático, por cuanto a que el clima comienza a interesar al derecho, manteniendo a las personas en el centro del sistema de tutela que conforma este último. El derecho debe garantizar, por estar en disposición de ello, el bienestar y salvaguarda de las personas. Así, la realidad climática actual confirma la máxima latina *ubi societas, ibi ius*, ya que, frente a la creciente demanda y exigencia social de un clima estable, habitable y neutro, surge como respuesta la movilización jurídica correspondiente.

Dada la naturaleza variable, contingente y atractiva de la realidad jurídico-administrativa, considera el autor que el análisis de un sector específico de la realidad social, como es en este caso el clima, debe centrarse en el interés que resulta de investigar qué aporta la parte especial del derecho administrativo a la teoría general de esta rama del derecho. El derecho, como sistema normativo, regula igualmente la manera en que se debe llevar a cabo la acción administrativa para alcanzar el nuevo objetivo de lograr la estabilidad climática. Por todo ello, el derecho administrativo debe demostrar su flexibilidad y capacidad de adaptación frente al fenómeno climático. La necesidad de reaccionar rápidamente y dar respuestas adecuadas a las cambiantes condiciones climáticas requiere normas jurídicas que sean, al mismo tiempo, flexibles y firmes en la consecución de los objetivos planteados. Lo que el autor denomina «prestancia» climática del derecho administrativo se refleja de manera evidente en la legislación administrativa relacionada con los medios materiales, el patrimonio y el dominio público.

Por otro lado, el cambio climático y el ajuste necesario del clima para tratar de restaurar su equilibrio, integridad y estabilidad en términos jurídicos no se basa únicamente en un conjunto normativo en expansión, sino también en la operativi-

dad funcional que los principios jurídicos pueden desarrollar. Los nuevos desafíos que afronta el derecho, como la alteración climática, generan una reacción lógica, canalizando esa respuesta a través de la creación de nuevos principios jurídicos, los que el autor denomina «principios rectores climáticos»: vulnerabilidad ambiental y climática, resiliencia –que es a la vez principio y criterio orientador de las políticas climáticas– y progresión climática –que representa la superación del principio de no regresión ambiental–. Para finalizar esta primera parte, el autor realiza un análisis pormenorizado del régimen jurídico actual y de la evolución a nivel europeo y constitucional del sistema administrativo del clima.

En la segunda parte el autor trata la necesidad de conformar una nueva organización administrativa que se encargue de la tutela o protección del clima. Así, comienza analizando, a nivel europeo, la actual Dirección General de Acción por el Clima, la cual «eleva» al más alto rango ejecutivo el clima, con una sustantividad específica y diferenciada respecto del medio ambiente y de la energía. A nivel estatal, el clima no posee el protagonismo que sería deseable dentro del esquema organizativo del Gobierno de la Nación. Éste dirige la política interior y exterior del Estado, y es en este segundo ámbito donde se encuentra el espacio en que encuentra acomodo el clima y el cambio climático. Considera el autor que solo las Comisiones Delegadas del Gobierno para el Reto Demográfico, para la Agenda 2030 y para Asuntos Económicos tienen una cierta correspondencia material con la perspectiva climática que defiende a lo largo de su obra. Las agencias estatales son concebidas como un instrumento que permite dotar de mayor autonomía y flexibilidad a la gestión. El autor propone la creación de una Agencia Estatal de Clima (o la reformulación de la Agencia Estatal de Meteorología –AEMET– para que también ejerza tales funciones), a la que se le confiaría la ejecución de las medidas para combatir los efectos del cambio climático previstas en los planes y estrategias de adaptación y mitigación. Además, señala que esta propuesta de crear una Autoridad Nacional en materia de clima no entraría en conflicto con la estructura organizativa existente, especialmente en lo que respecta al Consejo Nacional del Clima. En cuanto a la administración autonómica, la creciente importancia jurídica del clima y su manifestación más grave, el cambio climático, ha llevado a que sus distintos órganos no puedan ignorar esta realidad en términos organizativos estrictos.

Por otro lado, el autor nos plantea la relevancia de la participación ciudadana en las estructuras administrativas del clima. La amenaza, que ya es una realidad, del cambio climático preocupa e interesa a la ciudadanía. Aunque no sea la principal preocupación de la población, el clima es un tema que impacta y está siempre presente. Las noticias constantes sobre desastres naturales y las alertas sobre lo que está por venir no dejan indiferente a nadie. La participación ciudadana no solo tiene un rol en cuestiones climáticas, sino que, de hecho, resulta absolutamente necesaria. Así,

el clima y todo lo relacionado con el fenómeno del cambio climático deben permitir la participación inmediata y en tiempo real de los ciudadanos para generar cambios sistémicos en sus hábitos, consumos y estilos de vida, de modo que puedan contribuir a mitigar el calentamiento global. Esta participación pública o ciudadana cobra relevancia en las nuevas corrientes de democracia deliberativa o participativa, en el fenómeno que se conoce como gobierno abierto. Asimismo, la denominada asamblea ciudadana está destinada a convertirse en un instrumento clave para fortalecer los canales de diálogo y participación de la ciudadanía, con el fin de abrir y facilitar un debate social sobre la búsqueda de soluciones a la crisis climática que afrontamos. Esta asamblea representaría la manifestación más clara y destacada de lo que se conoce como «diálogo abierto», un diálogo «aperturista» enfocado en el clima.

En la tercera parte de la obra el autor realiza un análisis de cómo el sistema que conforma el derecho administrativo en materia de clima responde a la crisis climática. La creciente vulnerabilidad de la sociedad ante los peligros de diversa índole (tecnológicos, industriales, naturales, etc.) ha generado una respuesta por parte de los poderes públicos, canalizada a través del derecho. El cambio climático representa, en sí mismo, un riesgo y, por lo tanto, la regulación administrativa del clima, destinada a mitigar los efectos de la alteración o cambio anómalo del clima, debe interpretarse como una variante de la regulación del riesgo.

En lo que respecta específicamente a la crisis climática, la alteración de la estabilidad del clima nos coloca ante una situación de urgencia, si bien no en el sentido jurídico-administrativo formal y extremo de un «estado de necesidad» o de completa excepcionalidad como la que plantea Carl Schmitt en su concepción del derecho de excepción, donde el orden jurídico desaparece. Sostiene el autor que la alteración anómala del clima constituye una emergencia que podría calificarse como «ordinaria» o «estable», ya que no altera radicalmente nuestra vida cotidiana, al menos en su inmediatez, de forma tan drástica como lo haría una amenaza inminente de emergencia extraordinaria. Nos hemos acostumbrado a convivir con lo que parece ser un riesgo climático admisible o permitido. Así, se genera una nueva cultura administrativa de emergencia y excepcionalidad climática, donde la «excepción climática» se normaliza dentro del ordenamiento jurídico-administrativo. Por lo tanto, el desequilibrio climático se ha convertido en un estado de emergencia ordinario o permanente, con impacto colectivo, que, sin embargo, no se compara con una situación extraordinaria, como un cataclismo o una catástrofe.

La propuesta defendida por el autor de esta obra, relativa a un sistema administrativo o derecho administrativo del clima, no debe confundirse con el derecho del cambio climático (o derecho climático), ya que este último es solo una parte de aquel. No aboga, por lo tanto, por el uso indistinto de los términos derecho del clima y dere-

cho del cambio climático, dado que el segundo presenta un enfoque mucho más limitado, relacionado específicamente con el proceso o fenómeno del cambio climático. En cambio, sostiene que con el derecho del clima se busca construir un corpus iuris completo que gire en torno al clima –incluyendo, por supuesto, el fenómeno de su cambio o alteración– de manera similar a como el derecho ambiental aborda el medio ambiente. La transversalidad de las causas y consecuencias del cambio climático requiere la creación de estructuras instrumentales que aseguren la coherencia de las acciones orientadas a cumplir los objetivos establecidos en los diversos instrumentos de planificación para la mitigación y adaptación al cambio climático.

El autor analiza la oportunidad organizativa que representa el clima para el nivel autonómico, en cuanto a que existe un sobrecrecimiento con riesgo evidente de solapamiento funcional. El nuevo marco organizativo climático autonómico tiende a replicar, casi de manera exacta, el esquema estatal y, en ocasiones, a profundizar en él, lo que da lugar a una delimitación funcional que no siempre es clara y genera un riesgo evidente de solapamientos. Para una mejor visualización de este problema, se exponen en la obra algunos ejemplos de comunidades autónomas que adolecen de esta clase de duplicidades.

El éxito alcanzado por la transversalidad de lo ambiental abre la puerta a que una nueva forma de integración, con un protagonista diferente, continúe ese objetivo. Ello se refleja, por ejemplo, en la Estrategia de adaptación de la Unión Europea al cambio climático de 2013, donde se establece que una de las prioridades y responsabilidades de la Comisión es integrar las medidas de adaptación en las políticas y programas de la Unión Europea, como una forma de generar acciones para reducir el impacto del cambio climático. Las manifestaciones más relevantes para el sistema administrativo relativas a la necesidad de integrar la perspectiva climática en el diseño y la ejecución de todas las políticas públicas son recogidas por el autor en los últimos epígrafes de la obra.

Por otro lado, la función pública de tutela climática, tal como se recoge en la primera parte de la obra que recensionamos, puede fundamentarse también en el derecho a la buena administración, considerado como uno de los principios accesorios de la actuación administrativa, a modo de metaprincipio jurídico que inspira a otros. Esta nueva exigencia requiere adoptar una nueva perspectiva sobre la Administración y el derecho administrativo. Para el autor, es importante resaltar la funcionalidad potencial de la buena administración como un derecho que se inscribe dentro de las modernas tendencias de un derecho administrativo menos vinculado al privilegio y más orientado a la tarea de mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos. En nuestro caso, se trata ahora de mejorar las condiciones climáticas de vida de los ciudadanos.

El autor sostiene que el equilibrio y la integridad del clima pueden –y deben– formar parte del conjunto de conquistas ciudadanas que pasan a conformar el conjunto de necesidades básicas de la sociedad, dando lugar a un nuevo estatus ambiental y climático para los ciudadanos. Vivir en condiciones climáticas adecuadas y estables es también una necesidad básica, indispensable y esencial para el bienestar de toda la ciudadanía en cualquier sociedad avanzada que se reputa como tal. En definitiva, el clima y la garantía de su equilibrio e integridad surgen, en términos jurídicos estrictos, como una necesidad vital básica para el ser humano. Por ello, resulta relevante explorar, desde la perspectiva jurídico-administrativa, la posible creación y consolidación de un nuevo derecho emergente al equilibrio y la estabilidad del clima, independiente y con entidad propia, como una manifestación concreta del derecho a un medio ambiente sano. El reconocimiento jurídico del derecho al equilibrio e integridad del clima difícilmente puede situarse en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental, con toda la categoría jurídica que implica esa calificación. Sin embargo, aunque no está expresamente reconocido en la Constitución Española, el derecho al clima y a su necesario equilibrio es inherente, en una suerte de eventual «subderecho», al derecho a la vida (al igual que lo es el derecho a respirar o alimentarse). Es decir, el derecho al equilibrio e integridad del clima es una necesidad y una garantía para la supervivencia del ser humano en la Tierra.

El derecho en general, y el derecho administrativo en particular, es un reflejo de la realidad social. Tradicionalmente, el sistema administrativo ha sido diseñado para abordar y dar respuesta a problemas bien conocidos, acotados y definidos, incluso aquellos de índole ambiental. Sin embargo, este sistema administrativo ahora se enfrenta a la necesidad de reajustar sus bases y elementos fundamentales para adaptarse a la nueva situación climática, caracterizada por un escenario incierto, complejo y claramente fragmentado, de emergencia climática. El sistema administrativo del clima, como se expone a lo largo de la obra, debe crear los mecanismos adecuados para revertir la alteración del clima y garantizar el restablecimiento de la normalidad climática, en la medida en que ello resulte posible.

El sistema administrativo del clima debe consolidarse, por tanto, como un mecanismo capaz de proporcionar certidumbre climática y garantías a los ciudadanos. Es en este contexto donde el autor plantea la posibilidad de analizar lo que en la disciplina jurídica se ha denominado como «Estado garante». Desde esta perspectiva, entiende que la teorización del Estado garante puede también contribuir a la concepción institucional del sistema administrativo –ahora del clima–, logrando un equilibrio perfecto entre la garantía de los derechos de los ciudadanos y la eficacia de la actuación de la Administración en la protección del clima, dentro del nuevo marco relacional «climático» entre el Estado y la sociedad.

En conclusión, el cambio climático ha emergido como un desafío fundamental que requiere una respuesta integral desde el ámbito jurídico-administrativo. La obra del profesor Fortes propone una reflexión profunda sobre cómo el derecho administrativo debe evolucionar para abordar las complejidades y urgencias del fenómeno climático, considerando el clima no solo como un objeto de estudio, sino como un bien jurídico intangible que necesita ser protegido. La sistematización jurídica del clima, la creación de un marco administrativo especializado y la integración de la participación ciudadana son esenciales para afrontar esta crisis de manera efectiva.

El autor subraya que el derecho administrativo, tradicionalmente diseñado para abordar problemas específicos y conocidos, ahora debe adaptarse a la nueva realidad climática, que presenta incertidumbres y riesgos globales. La creación de una estructura administrativa del clima, como una agencia especializada y la promoción de principios rectores climáticos, es clave para mitigar los efectos del cambio climático y garantizar un entorno estable y habitable para las generaciones futuras. Además, la propuesta de un «derecho al equilibrio climático» refuerza la importancia de considerar al clima como un derecho esencial para la supervivencia humana, subrayando la responsabilidad de la Administración pública de garantizar la estabilidad climática como una necesidad básica. Por todo ello, nos encontramos ante una obra minuciosa y constructiva, en la que se postulan nuevas propuestas desde diferentes perspectivas para mejorar la regulación y estructura administrativa en materia del clima. Se trata de una aportación de gran interés tanto para juristas como para las Administraciones Públicas que desarrollen su ámbito de actuación en materia ambiental.

Carmen Martín Martínez

Cuerpo superior de administradores generales de la Junta de Andalucía

<https://orcid.org/0009-0006-6682-264X>

Clásicos del Derecho público (II). Francisco Sosa Wagner & Mercedes Fuertes. Biblioteca básica para estudiosos y curiosos. Marcial Pons. Madrid 2025. ISBN:9788413819105, 558 páginas.

La aparición de una obra de Francisco Sosa Wagner y de Mercedes Fuertes en los boletines de novedades editoriales es siempre motivo de júbilo. La profundidad de sus ensayos y el rigor de sus investigaciones han hecho de ellos desde siempre unos académicos con un compromiso inigualable no sólo en el derecho público, sino en el objeto de éste, la *res publica* en su sentido más amplio, la arquitectura institucional que conforma el Estado de derecho. Son una constante sus desvelos por el funcionamiento de las instituciones, su preocupación por la concentración del poder frente a los derechos de los ciudadanos, y en definitiva su defensa acérrima del interés general.

En mi recensión a *Clásicos del Derecho público (I)* (Marcial Pons, 2023), publicado en el número 228 de la *Revista Española de Derecho Administrativo*, ya indiqué que albergaba la esperanza de que al número (I) le siguiera un número (II). La fortuna —y principalmente el tesón (de nuevo, el compromiso)— de los autores nos permite a los *estudiosos y curiosos* (a quienes va dirigida su *Biblioteca básica*) disponer de una segunda entrega, que abarca desde las Cortes de Cádiz hasta los primeros años del siglo XX, tanto en España como en Hispanoamérica. El *Clásicos (I)* se centró en el nacimiento del derecho público moderno en el siglo XIX y primeros años del XX en Francia, Alemania, Austria e Italia, a lo largo de la aproximación biográfica, académica y política de aquellos autores que fueron cincelandando el derecho constitucional y administrativo a base de discursos, monografías y el alumbramiento de normas desde cargos institucionales. Las contribuciones de Laferrière, Esmein, Hauriou, Duguit, Jèze o Carré de Malberg en Francia, de Laband, Mayer, Jellinek Triepel, Smend, Kelsen y Schmitt en Alemania y Austria, o de Orlando, Santi Romano, Ranelletti, Cammeo y Zanobini en Italia, nos permitieron rescatar la evolución de las instituciones de derecho público en los ordenamientos de nuestro entorno; y todo ello con una metodología de notable frescura: una explicación del contexto histórico y de los conceptos básicos que fueron conformando los Estados contemporáneos, seguido de una selección de textos más relevantes de los autores comentados.

Clásicos (II) sigue el mismo patrón, si bien se centra —como he adelantado— en nuestro país y en Hispanoamérica. Y no sólo eso, también coincide en la dedicatoria: *Clásicos (I)* rendía tributo «a Alejandro Nieto, apóstol del realismo jurídico», mientras que el segundo tomo expresa el mismo reconocimiento desde la nostalgia: «te echamos de menos, querido Alejandro». No pasa inadvertida la dedicatoria a un gigante del derecho administrativo como Alejandro Nieto, cuyos estudios históricos y ensayos son un clarísimo referente para la doctrina. De hecho, tanto *Clásicos (I)* como (II), recogen el testigo de Alejandro Nieto y recuperan el sentido dogmático de las

instituciones de derecho público y su transformación hasta nuestros días: una forma de entender el presente desde el pasado, el ser desde el deber ser.

Acto seguido a la *Introducción y orientación*, en la que explican el sentido y el contenido de la obra, la monografía se estructura en torno a dos capítulos. El primero de ellos, relativo a España, comprende seis etapas cronológicamente ordenadas. La primera de ellas se centra en los estertores del Antiguo Régimen y el encaramiento de la etapa constitucional que se iniciaba con las Cortes de Cádiz, inicialmente presididas por el sacerdote y jurista Don Ramón Lázaro de Dou y Bassols, que defendió la abolición de la tortura, la libertad de imprenta, y las reformas de la Hacienda. Los autores reproducen, previamente adaptados de los nueve volúmenes publicados en 1800, textos de las *Instituciones del Derecho público general de España con noticia particular de Cataluña y de las principales reglas de Gobierno en cualquier Estado*, así como algunos de sus *Discursos*.

A continuación, se centran en aquellos juristas —que los autores califican como heraldos— de los momentos nacientes del constitucionalismo, «cuando España vive en el caos producido por un torrente colérico, el torbellino napoleónico, con la familia real fuera de España y el comienzo de la rebelión contra las tropas francesas». Analizan con gran detalle las contribuciones al derecho público y a la incipiente, pero decidida, construcción del Estado por parte de Gaspar Melchor de Jovellanos, del que reproducen parte de su *Memoria en que se rebaten las calumnias divulgadas contra los individuos de la Junta Central*; del clérigo liberal y teólogo Francisco Martínez Marina, padre fundador de la historia del derecho (*La Teoría de las Cortes, Defensa del Doctor Francisco Marina contra las censuras dadas por el Tribunal de la Inquisición a su obra Teoría de las Cortes, y Principios naturales de la moral, de la política y de la legislación*). También se detienen en otro asturiano, el «Divino» Agustín de Argüelles, funcionario de Hacienda en misión diplomática en Londres y posterior destino en la Junta central de Sevilla, hasta que fue encarcelado en Ceuta y —como Jovellanos— en Mallorca. Cita obligada es el *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, de referencia obligada en la historia del constitucionalismo español y calificado por Sánchez Agesta como «mejor que la Constitución misma». Por último, este período incluye el estudio de otro asturiano, José María Queipo de Llano y Ruiz de Saravia, séptimo conde de Toreno, que coincidió con Argüelles en Londres. Presidió las Cortes en el Trienio Liberal y sufrió el exilio en diferentes momentos. En sus *Discursos* se aprecia su pensamiento sobre la amnistía para los afrancesados, las aduanas, los presupuestos, los estancos, la moneda, los diezmos, la legislación penal...

En un tercer estadio, que titulan *Cabalgata de Constituciones*, desgranar las vicisitudes del derecho público bajo la vigencia del Estatuto Real de 1834, que instaura las dos cámaras del Estamento de Próceres del Reino y el Estamento de Procuradores

del Reino; la Constitución de 1837, mezcla de ingredientes progresistas —poderes del rey— y conservadores por cuanto crea un bicameralismo de origen popular; la de 1845, que se mantendrá hasta la salida de España de la reina, con alguna reforma parcial; la Constitución de 1869, que comprende la regencia del general Serrano, el reinado de Amadeo I y el proyecto de constitución republicana federal que no llegó a aprobarse; y la de 1876, una vez restaurada la monarquía borbónica. De esta época convulsa destacan las aportaciones que efectúan desde el Ateneo de Madrid (que Unamuno calificará como «la antesala del Parlamento») juristas de la talla de Ramón de Salas, Joaquín María López, Juan Donoso Cortés, Antonio Alcalá Galiano y Joaquín Francisco Pacheco.

A continuación Sosa y Fuertes se detienen en aquellos iuspublicistas que sentaron las bases de la Administración moderna y que reflejaron en obras que son capitales en la bibliografía: las *Ideas de Administración* de Javier de Burgos; *Investigaciones filosófico-políticas sobre la naturaleza del fomento y su influencia en la prosperidad pública* o *De la libertad considerada como elemento de fuerza y como elemento de debilidad*, ambas del mallorquín del Sóller Pedro Juan Morell, y muy especialmente las *Lecciones de Administración* de José Posada Herrera. Bien conocen los autores el ideario jurídico-político de Posada Herrera, y prueba de ello es otra referencia obligada en la literatura jurídica como el libro de Sosa Wagner *La construcción del Estado y del Derecho Administrativo* (Marcial Pons, 2001), su intervención en el Seminario de Historia de la Administración (INAP, 2001), su estudio monográfico *Posada Herrera, Actor y testigo del siglo XIX* (Ediciones Universidad de León) o la publicación del tomo IV, relativo a la beneficencia, de las *Lecciones de Posada*. No dejan de citar en este capítulo la obra y el pensamiento de Oliván, Silvela, Sainz de Andino, Ortiz de Zúñiga o de Gómez de la Serna.

Los autores ponen fin al estudio del siglo XIX con dos catedráticos de derecho político y administrativo, Manuel Colmeiro y Penido, y Vicente Santamaría de Paredes. El primero de ellos, jurista, economista e historiador, fue referencia obligada con sus manuales (*Derecho administrativo español* y *Manual de Derecho Político*) para la formación de juristas durante medio siglo. Preocupado por la confusión de las normas a estudiar y por la carencia de principios básicos, mostró —en un alarde de pragmatismo utilitaristas— su inclinación por la jurisprudencia. Liberal moderado y doctrinario, fue un defensor de la centralización con el límite de las libertades individuales y políticas. Santamaría de Paredes, por su parte, cuyo tribunal de cátedra presidió Colmeiro, fue un jurista liberal cercano al krausismo, diputado, senador y presidente del Consejo de Estado. Pasó a la historia como «padre» de la Ley de 13 de septiembre de 1888, de la jurisdicción contenciosa. Sosa y Fuertes explican la polémica entre el sistema de justicia retenida por la Administración —del que eran partidarios los moderados y conservadores, más administrativistas— o la justicia delegada en un tribunal de Justicia, que defendían liberales y progresistas, más judi-

cialistas. Santamaría trabajó en un proyecto mixto con un acento judicialista, si bien los avatares parlamentarios derivaron hacia la jurisdicción delegada.

El capítulo dedicado a España finaliza con un exhaustivo análisis de la organización de la enseñanza del derecho público, que pasa por la fusión de las Facultades de Leyes y Cánones en una sola y la creación de la Facultad de Jurisprudencia y posteriormente la de Derecho, así como la interrelación de las asignaturas de Derecho Político-Constitucional, Derecho Administrativo e Historia, hasta ganar autonomía cada una de ellas. También se explican con detalle los planes de estudio, deteniéndose en el plan Pidal de 1845 y el plan Moyano de 1857, y los libros de texto recomendados.

Con sobrada razón, los autores censuran que —con ocasión de la Ley de presupuestos de 1990, que creó el ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes y mediante un decreto de desarrollo se reorganizaran las Universidades— se bifurcaran definitivamente las asignaturas de Derecho Político y Derecho Administrativo. Esta malograda decisión correspondió al ministro García Alix, que «dejó un estropicio que ha tenido consecuencias desafortunadas en la formación de los iuspublicistas españoles». Hacen notar Sosa y Fuertes cómo en España, a diferencia de Alemania, los administrativistas no se ven obligados a prestar atención a los fundamentos constitucionales y que los constitucionalistas no se acompañan de la legislación especial que explica el funcionamiento del Estado; coincidimos en que todo ello supone una notable carencia.

El capítulo segundo, dedicado —como hemos adelantado— a Hispanoamérica, se estructura en torno a tres subdivisiones. En la primera de ellas los autores describen la difícil integración en términos de proporcionalidad de los diputados de las provincias de ultramar en las Cortes de Cádiz. En el oratorio de San Felipe Neri reivindicaron su presencia relevante en el nuestro Estado liberal, la concreción de los límites del monarca, una declaración de derechos del hombre y el ciudadano similar a la francesa de 1794, invocando el derecho de Indias, las enseñanzas del iusnaturalismo de Grocio o Puffendorf, la igualdad de derechos de los americanos, españoles e indios, libertades económicas, supresión de monopolios... Explican la creación de las cátedras en Cuba para explicar la Constitución de Cádiz y seleccionan textos de Andrés Bello, Juan Germán Roscio, Félix Varela y José María Morilla.

Seguidamente, Sosa y Fuertes pasan a exponer las contribuciones de un elenco de juristas, en medio de guerras y conflictos, al derecho constitucional y administrativo en diferentes países. Se trata de Cerbeleón Pinzón, Florentino González, Juan Bautista Alberdi y Ramón Ferreyra. De todos ellos estudian con detalle sus azarosas vidas, con destierros y condenas a muerte en algunos casos, así como las instituciones que fueron forjando con sus enseñanzas, sus obras académicas (y hasta literarias y

musicales) y, en definitiva, su pensamiento. El capítulo termina con los autores que «insistieron en la necesidad de conocer la ciencia y el derecho administrativo para alcanzar “el don del Gobierno” y defender los derechos individuales». Desfilan por estas páginas Simón Tadeo Ortiz, Teodosio Lares, Luis de la Rosa, José María del Castillo Velasco, el español José Joaquín de Mora, Santiago Prado Bustamante, Justo Arosemena Quesada, o Antonio González Saravia.

En resumen, *Clásicos (II)* constituye una extraordinaria aportación a la bibliografía sobre el derecho público, fruto de la intensísima y acurada investigación de sus autores. Es lugar común en las recensiones halagar, por cortesía obligada, el libro que se reseña; pero en este caso, la valoración sólo puede rendirse a la contribución de Francisco Sosa Wagner y Mercedes Fuertes, quienes —con la entrega y rigor que les preceden (y también generosidad)— comparten y brindan el resultado de sus pesquisas en la historia de las instituciones del derecho administrativo y constitucional. Sencillamente estamos, sin exagerar, ante una magna obra.

El libro, escrito con un lenguaje cuidado y de alta precisión, va dirigido — como hemos adelantado— a estudiosos y curiosos. En mi modesta opinión, el libro debe ir dirigido a cualquier operador del derecho público, desde docentes al mismo legislador. Son ellos dos, Sosa y Fuertes, los estudiosos y curiosos, que nos contagian su pasión por el estudio, y su ilimitada y aguda curiosidad. Los demás únicamente podemos expresarles gratitud y desear con ansia un *Clásicos (III)*.

Felio José Bauzá Martorell

Catedrático de Universidad

Universidad de las Islas Baleares.

<https://orcid.org/0000-0003-2526-3619>

Régimen jurídico-administrativo de las viviendas de uso turístico. Ordenación de la actividad, ordenación turística autonómica y planificación urbanística municipal, de Ávila Rodríguez, Carmen María, Aranzadi, con prólogo de Ricardo Rivero Ortega, Las Rozas (Madrid), 2024, ISBN: 9788410784932, 341 pp.

El turismo constituye el tercer sector económico de la Unión Europea y el primero de España. Como señala la autora, profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga, «el turismo es uno de los principales factores de crecimiento económico en España. Su desarrollo afecta, en mayor o menor medida a todas las regiones del Estado generando puestos de trabajo, siendo un factor de estabilización de la población, fomentando la protección y rehabilitación del patrimonio histórico, favoreciendo el desarrollo sostenible del entorno natural y mejorando y acrecentando las infraestructuras de transporte, entre otras expresiones».

El reciente fenómeno de las viviendas de uso turístico (VUT), comercializadas en las principales plataformas de las que Airbnb o Booking son banderas, arroja cifras impactantes en todo el mundo y, desde luego, en España, donde se sitúa en el entorno de los dos millones de plazas. Como bien indica la autora, esta nueva modalidad de alojamiento —no siempre, aunque sí mayoritariamente, con finalidad turística— presenta ventajas e inconvenientes. Entre las ventajas indudables que explican su éxito ha de partirse de que su desarrollo ha venido de la mano de las plataformas de alojamiento, con una reducción de los costes de búsqueda, gracias a la posibilidad de consultar y comparar *on line*, a lo que se añade la reducción costes de transacción por sistemas de pagos electrónicos y la utilización de mecanismos de reputación que resultan clave para resolver el problema de la información asimétrica. Desde el punto de vista de la oferta y la demanda, ha permitido a los particulares entrar en un mercado del que estaban excluidos y poner en valor un patrimonio normalmente infrautilizado, aportando flexibilidad y suavizando las diferencias de precio entre temporadas, lo que ha posibilitado el dar respuesta a una demanda en crecimiento imparable, que, además, en no pocos casos, encuentra una mejor satisfacción a sus necesidades, en especial, en el caso de las unidades familiares o los grupos. Desde la óptica del desarrollo, ha servido para dinamizar los destinos y facilitar un mayor crecimiento económico. En este sentido, las VUT, unidas al auge de las compañías de vuelo o transporte ferroviario de alta velocidad «low cost», han actuado como elemento de «democratización del turismo». Además, respecto al entorno, han incentivado la rehabilitación y regeneración de cascos históricos. Los inconvenientes más a menudo esgrimidos son los siguientes. Se argüía desde la óptica de la competencia que esta modalidad de alojamiento supondría una competencia desleal frente al sector hotelero, con el que no operarían en igualdad de condiciones fiscales, laborales y

en materia de protección del consumidor, si bien este argumento parece haber decaído ante el incremento de regulación y de control administrativos. Desde el punto de vista del entorno, se argumenta que contribuyen a la saturación del espacio urbano y a su deterioro y conllevan un incremento de la necesidad de dotaciones, infraestructuras y servicios, lo que, en todo caso, sería común a cualquier modalidad de alojamiento turístico, y no específico de las VUT. También, que generan conflictos vecinales cuando se ubican en edificios sometidos a la ley de propiedad horizontal, si bien como veremos las sucesivas modificaciones de la Ley de Propiedad Horizontal han dado un papel determinante a las comunidades de propietarios para permitir o prohibir la actividad. O, finalmente, y en ello es en lo que más se insiste en los últimos tiempos, que habría contribuido decisivamente al incremento de los precios de la vivienda, lo que parece contrastar con el dato de que los precios de venta de viviendas más altos se alcanzaron en España en el boom, en 2008, cuando este fenómeno no existía, y con el carácter plurifactorial de los precios de la vivienda en un país con una alta inflación, un aumento sensible de la población debido a la afluencia masiva de inmigrantes, y a una política de vivienda que fomenta la limitación de precios y la protección frente a desahucios por impago, lo que ha tenido por consecuencia la salida del mercado en las grandes ciudades a un notable porcentaje de viviendas de alquiler. Como señala la autora, al respecto, habría que hacer más atractivo el alquiler y aumentar la oferta pública de viviendas en alquiler.

Pues bien, en este completo trabajo la profesora Ávila Rodríguez aborda todas las caras jurídicas de este fenómeno tan poliédrico, en que diversas competencias, no solo la referida al turismo, se hallan implicadas y, con ello, además, diferentes niveles den forma de capa: el europeo, el estatal, el autonómico y el local.

Procedemos a exponer una síntesis del contenido del trabajo para abordar finalmente sus conclusiones y propuestas, siguiendo el propio esquema expositivo de su autora.

- El primer capítulo aborda algunas claves sobre la economía colaborativa en el ámbito del alojamiento turístico. Las VUT se enmarcan en la llamada «economía colaborativa», un fenómeno en realidad poliédrico, que se ha alejado de la idea inicial «romántica» de la compartición sin ánimo de lucro, y que ha llevado a plantear a nivel europeo la necesidad de diferenciar cuándo el alojamiento de terceros en viviendas particulares constituye una actividad profesional y cuándo no, tomando como criterio el número de pernoctaciones para someterlo o no a condiciones de acceso al mercado.

- El segundo capítulo, titulado «Del arrendamiento urbano temporal de vivienda al alquiler de viviendas como modalidad de alojamiento turístico», hace un repaso cronológico por la regulación de las modalidades de arrendamiento para uso

distinto al de vivienda habitual. En la normativa postconstitucional, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 reguló en su artículo 3.2 el conocido como «arrendamiento de temporada». El concepto no dependía de la duración, sino de la finalidad. Ahora bien, la reforma de la mencionada ley operada en 2013 excluyó del ámbito de aplicación del arrendamiento temporal el de VUT, en su art. 5.e), al dejar fuera «La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial». La dicción del precepto parecía establecer una distinción en cuanto al canal de oferta («canales de oferta turística»), lo que era muy ambiguo, dado que las plataformas no solo sirven para el alquiler con esa finalidad (baste pensar en los desplazamientos por motivos laborales o de salud), al igual que los hoteles no solo sirven a la finalidad turística, como apunta la autora. Por ello, en 2019 se reformó el precepto para añadir «o por cualquier otro modo de comercialización o promoción». Ahora bien, con esa redacción la referencia al canal quedó desprovista ya de efecto definitorio. En todo caso, la consecuencia fue que este tipo de contrato pasó de regularse por el Derecho civil a hacerlo por el Derecho sectorial turístico autonómico, dando con ello origen a múltiples diferencias que afectan a la propia definición (por ejemplo, qué se entiende por temporal).

- El tercer capítulo aborda el concepto y características de la VUT, poniendo de manifiesto las disparidades regulatorias en elementos claves de la definición antes reproducida como la «temporalidad», la «comercialización o promoción a través de canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción», la «finalidad turística» o, incluso, en aspectos que parecen no interpretables, como la exigencia de la cesión de la totalidad de la vivienda –pese a la cual se admite el alquiler turístico por habitaciones en la normativa de Cataluña, Andalucía, Baleares, Cataluña y País Vasco–. Además, en algunas normativas autonómicas se integra en la definición un elemento no previsto en la definición de la Ley de Arrendamientos Urbanos, como el de la habitualidad en el arrendamiento.

- El cuarto capítulo analiza la distribución de competencias turísticas entre las Administraciones públicas y la aprobación de normas específicas reguladoras de las VUT. Repasa sucesivamente las competencias de la Unión Europea, del Estado y de las Comunidades Autónomas. En la Unión Europea, la Directiva de Servicios y el encaje de estas actividades en el marco de la declaración responsable ha favorecido su proliferación y permitido a la vez luchar contra su desarrollo clandestino. La norma más reciente es el Reglamento 2024/1028, sobre la recogida e intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración: define las plataformas destinatarias, el servicio de alojamiento de corta duración (pueden ser profesionales o no e incluye todas las modalidades, también por habitación y tam-

bién ocasional y también a los que no están motivados por turismo sino por negocios o estudios) y los datos que han de recabarse (si es por habitaciones o de la vivienda entera, si el anfitrión reside en él como residencia principal o secundaria o para otros fines...). Requiere un número de registro que pueden exigir las plataformas para comercializar y los Estados tienen que tener una ventanilla única. El Estado ha regulado este número de registro en el Real Decreto 1312/2024, que entró en vigor el 1 de enero de 2025 y que será obligatorio a partir del 1 de julio de 2025, lo que, por la fecha de edición, no ha podido ser contemplado en esta obra. A nivel estatal, el Estado se ha «retirado» en buena medida, pese a sus competencias en materia de Derecho civil y mercantil y de planificación de la actividad económica. Ahora bien, hay que decir que esa retirada no ha sido plena, ya que ha actuado –también con afán restrictivo– a través de su competencia en materia de Derecho civil. En efecto, en 2019 modificó la Ley de Propiedad Horizontal para permitir que las comunidades de propietarios puedan prohibir este uso con el voto favorable de las tres quintas parte del número total de propietarios que representen a su vez las tres quintas partes las cuotas de participación. También se pueden imponer cuotas especiales de comunidad no superiores al 20% de la correspondiente a cada vivienda para el caso de que actúen como VUT. Además, en 2025 –esto no está contemplado en la obra que reseñamos, de nuevo *ratione temporis*– ha exigido en adelante la aprobación expresa de la comunidad para los VUT que inicien su actividad con posterioridad a esta nueva modificación –lo que supone una limitación al derecho de propiedad y en su caso a la libertad de empresa de una constitucionalidad sumamente cuestionable–. En todo caso, el protagonismo lo han asumido las Comunidades Autónomas, cuyas leyes turísticas han adoptado enfoques y denominaciones diversas. Finalmente, las entidades locales tienen reconocida en la Ley de Bases del Régimen Local, en su artículo 25.2.h) LBRL, la competencia sobre «información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local», pero también han hecho uso de instrumentos urbanísticos y de ordenanzas que configuran un régimen jurídico que desvirtúa la comunicación responsable o comunicación previa o que introducen directamente regulaciones propias del planeamiento urbanístico como la zonificación, limitación por distancias y otros parámetros urbanísticos.

- El capítulo quinto regula cada una de las regulaciones autonómicas de las VUT, con una meticulosidad encomiable.

- El capítulo sexto analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la regulación de las VUT y las limitaciones impuestas por las Comunidades Autónomas para el acceso al mercado y el ejercicio de la actividad y de los servicios turísticos. La autora expone que ha de partirse de que se trata de una actividad no sometida a autorización previa conforme a la Directiva de Servicios, que solo puede sometida a limitaciones que se justifiquen por «razones imperiosas de interés general» que sean

además proporcionadas y motivadas. El Tribunal Supremo ha analizado diversos tipos de limitaciones bajo este criterio. Entre ellas, la exigencia de presentación de la declaración responsable de inicio de actividad o la necesidad de presentar documentación adjunta o tenerla a disposición de la Administración y la obligación de inscripción en el Registro (descartando que esta última pueda condicionar el inicio de la actividad), la posibilidad de alquiler turístico de habitaciones (con jurisprudencia contradictoria), las exigencias de requisitos técnicos y equipamientos mínimos (admitiéndolos o no en función de su proporcionalidad y por comparación con los que pesan sobre el sector hotelero), y otros elementos regulatorios, como la fijación de un tiempo mínimo y máximo de estancia (considerando desproporcionado lo primero).

- El capítulo séptimo se dedica a la planificación turística y la ordenación territorial de los recursos y servicios turísticos como competencia de las Comunidades Autónomas. La autora parte de la constatación de que, en la práctica, son los ayuntamientos los que están limitando los espacios en los que se pueden prestar servicios de alojamiento en viviendas y plantea que también en este orden de decisiones tienen un papel que jugar las Comunidades Autónomas, en sus leyes turísticas y de ordenación del territorio y urbanismo.

- El capítulo octavo analiza las competencias de las Entidades Locales con incidencia en el régimen jurídico de las VUT, tanto las genéricas de los entes locales atribuidas por las leyes turísticas autonómicas como las específicas atribuidas por las normas reguladoras de las VUT, exponiendo cómo impera una gran heterogeneidad. Además, estudia las ordenanzas municipales que han abordado la cuestión, y que, en unos casos, desvirtúan el régimen de declaración responsable exigiendo un plus de documentación respecto de la prevista en la legislación autonómica, incluso sin habilitación normativa, o estableciendo un sistema de control obligatorio equivalente a una licencia y, en otros, introducen limitaciones propias del planeamiento urbanístico como la zonificación o la exigencia de determinados parámetros urbanísticos como las características de las viviendas o su ubicación. En ambos casos, advierte, se trata de normas que incurren en causa de nulidad.

- El capítulo noveno aborda la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las concretas técnicas aprobadas por los ayuntamientos en el ejercicio de la competencia urbanística para restringir la implantación de las VUT. La profesora Ávila Rodríguez subraya que no se puede dejar todo en manos de la libre decisión de los ayuntamientos: las restricciones tienen que tener acomodo constitucional y motivación muy intensa por cuanto restringen derechos fundamentales, y se están adoptando por mero reglamento. También subraya que el principio de desarrollo territorial sostenible del artículo 3 de la Ley del Suelo debe armonizarse con el desarrollo de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y oportunidades, la

salud, la seguridad y el medio ambiente, la rehabilitación y ocupación de viviendas vacías o en desuso, el fomento del turismo o el derecho a la vivienda digna. De este modo, en el diseño de la ciudad a través de la potestad de planeamiento urbanístico, cualquier modificación del planeamiento conlleva un padecimiento de la seguridad jurídica, y tiene que estar justificada, apoyada en datos objetivos, no ser arbitraria, sino congruente, racional y proporcional, y estar en sintonía con la Memoria del Plan. En la calificación y clasificación del suelo, el problema es que la regulación de la calificación en las normas territoriales y urbanísticas es escasa y se deja total libertad a los municipios medidas que puedan afectar a derechos como la propiedad o libertades como la de empresa o de la de prestación de servicios. La limitación del número de viviendas tendría que justificarse por el ayuntamiento. Además, ha sido común que se haya variado el planeamiento para considerar que el uso turístico no es uso residencial, sino equipamiento. El Tribunal Supremo en su conocida sentencia 1550/2020, de 19 de noviembre, sobre el planeamiento de Bilbao, ha admitido la limitación a planta baja y primera como uso complementario en suelo calificado de residencial. En otros casos, se ha aprobado un planeamiento especial de usos, exigiendo que se trate de edificios enteros y limitando a un número máximo, lo que también ha sido avalado por el Tribunal Supremo, en su sentencia 75/2021, de 26 de enero, en relación con el distrito de Ciutat Vella, en Barcelona. En todo caso, también ha afirmado que cuando la regulación de la libertad de establecimiento se lleva a cabo por el plan, este debe responder a las exigencias de la Directiva de Servicios, en su sentencia 779/2021, de 2 de junio. Otro tema al que ha debido dar respuesta es a las especiales limitaciones a las VUT en los edificios de propiedad horizontal (como la limitación a planta baja y primero; entrada independiente; número máximo en un mismo edificio o superficie máxima). El Tribunal Supremo lo ha analizado a la vista del principio de proporcionalidad, considerando por ejemplo que limitar la posibilidad de VUT a las viviendas unifamiliares resulta desproporcionado (STS 109/2023, de 31 de enero).

- Finalmente, el capítulo décimo postula la necesaria integración de la ordenación turística autonómica y el planeamiento urbanístico municipal. La autora sostiene que cabe plantearse si los Ayuntamientos, sin existir declaración de zona turística saturada por la Comunidad Autónoma y en estricto ejercicio de su competencia urbanística pueden aprobar planes urbanísticos o modificar los existentes que tengan como efecto la prohibición de la actividad de los alojamientos turísticos. A su juicio, debiera haber una participación autonómica, mediante informe preceptivo o instando a la Comunidad Autónoma la propuesta de declaración de zona turística saturada autonómica, siempre dentro del respeto a los planes territoriales turísticos autonómicos. Los Ayuntamientos solo podrían establecer limitaciones cuando por ley o por norma reglamentaria o planeamiento autonómico se encuentren expresa y

previamente habilitados cumplimiento los requisitos formales y sustantivos previstos en la legislación sobre libre acceso a las actividades y servicios y su ejercicio para la imposición de tales limitaciones. En este sentido concluye que la existencia sostenible de VUT exige la existencia de una gradación de planes que se vinculen entre sí en el que todas las Administraciones implicadas pudieran pronunciarse sobre sus respectivas competencias e intereses.

Este completo y actualizado trabajo se cierra con unas consideraciones finales creativas y del máximo interés, y que podríamos sintetizar del siguiente modo.

En este fenómeno convergen intereses enfrentados que han de ser conciliados. Hasta el momento, las legislaciones autonómicas han dado origen a distintos modelos con una regulación dispar sin un criterio claro de regulación; es necesaria una visión global. La Unión Europea ha establecido desde la Directiva de Servicios un marco de libertad de prestación que a la vez favorece el control del ejercicio conforme a la legalidad, y, recientemente, y en esta línea, ha previsto un mecanismo de número de registro y ventanilla única, apuntando a una distinción entre la actividad profesional y ocasional de la que el legislador español no ha extraído consecuencias. El Estado se ha «retirado» de su responsabilidad normativa, siendo así que con apoyo en los artículos 149.1.1^a y 149.1.13^a de la Constitución bien podría establecer una horquilla de porcentajes de viviendas necesariamente destinadas a alquiler de vivienda habitual, que podría haber sido concretado por cada Comunidad Autónoma. Desde la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 2013, las Comunidades Autónomas han asumido el protagonismo regulatorio con base en su competencia exclusiva en materia de turismo. A su juicio, hay aspectos que deben ser mejorados; en particular, la distinción entre alquiler ocasional y el profesional, en línea a lo que apuntan las Instituciones europeas. En su opinión, las leyes autonómicas deberían determinar el número máximo de pernoctaciones para considerarla como alquiler ocasional, si solo puede en ese caso realizar la actividad el propietario y si puede ofertar más de una vivienda. O, en su caso, el número máximo de viviendas. Para tener un control, podría someter la actividad a comunicación previa y otorgarle a un número de registro y obligar a las plataformas a limitar su intermediación al máximo de pernoctaciones permitidas. No es, a su juicio, proporcional que el alquiler ocasional tenga las mismas obligaciones y exigencias de equipamiento que el alquiler profesional. En el primer caso, debería bastar, en fin, que las viviendas estuvieran amuebladas y equipadas para uso inmediato con una enumeración en la publicidad de los aparatos y enseres de que disponen. Respecto a la modalidad profesional, considera que sí debería estar regulado con más detalle. Al respecto, el Tribunal Supremo considera ilegales trámites que sean similares a autorización, como determinadas obligaciones de inscripción o documentación. La tendencia del legislador autonómico ha sido a aumentar las exigencias de equipamiento y enseres, lo que ha sido bendecido por Tribunal

Supremo con argumentos en torno a la protección del consumidor. En cuanto a los ayuntamientos, la autora se muestra favorable a la atribución por normas autonómicas de competencias para la comprobación de las declaraciones responsables y a la evacuación de informes sobre cuestiones urbanísticas. La profesora Ávila Rodríguez considera, en definitiva, que la inacción autonómica ha dado origen a actuaciones municipales forzada y sin elementos de modulación de la discrecionalidad del planeamiento. A su juicio, calificar estos usos como equipamiento como medio de protección del derecho a vivienda y el entorno urbano, para conciliar de esta forma la lícita actividad económica del alquiler con la convivencia, solo tiene sentido para la explotación profesional, no ocasional, pero no cree que un Ayuntamiento pueda imponer una entrada independiente invocando su competencia en urbanismo, pues esa es una característica material propia de los apartamentos turísticos, que es otra modalidad configurada por las Comunidades Autónomas en su competencia sobre turismo. Son estas las que han de establecer el número de plazas de alojamiento que puede soportar su territorio y repartirla de forma equitativa, equilibrada y proporcionada entre las distintas modalidades, con un sistema de bolsa, con duración determinada y tras ese tiempo las que son actividad profesional deberían ofertarse como alquiler normal para dar entrada a nuevas VUT. Para ello se necesita tener actualizado el censo de viviendas residenciales que se explotan como VUT, fijar plazos máximos de explotación, y establecer un mapa con su ubicación para arbitrar un sistema de altas y bajas ordenadas. Las Comunidades Autónomas deben ejercer sus competencias de planificación turística y de ordenación territorial y establecer criterios y límite máximo en cada modalidad de alojamiento, y sobre esa base los ayuntamientos implantar zonas aptas para ellas.

Reseñamos, como se ve, un trabajo digno del mayor encomio: esforzado, riguroso, ecuaníme, crítico y propositivo.

Emilio Guichot Reina

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

<https://orcid.org/0000-0001-8945-4604>

II A A P